

Der massgebende Zeitpunkt für die Bewertung
der Erbschaftsgegenstände bei
Pflichtteilsberechnung, Ausgleichung und Teilung

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von
HEINZ VONRUF
von Erlenbach (ZH)

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. G. Weiss

Juris-Verlag Zürich
1952

**Der massgebende Zeitpunkt für die Bewertung
der Erbschaftsgegenstände bei
Pflichtteilsberechnung, Ausgleichung und Teilung**

DISSERTATION

**der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte**

**vorgelegt von
HEINZ VONRUF
von Erlenbach (ZH)**

**genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. G. Weiss**

**Juris-Verlag Zürich
1952**

Digitized by the Internet Archive
in 2026



Meinen lieben Eltern

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 19. Januar 1952.

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Weiss

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Vorwort.	
1. Kapitel: Der für die Pflichtteilsberechnung massgebende Zeitpunkt.	13
1. Abschnitt: Das Pflichtteilsrecht.	13
§ 1. Die historischen Pflichtteilsrechtssysteme.	13
I. Das Wesen des Pflichtteils.	13
II. Das germanischrechtliche System.	14
III. Das römischrechtliche System.	16
IV. Zusammenfassung.	17
§ 2. Der Standpunkt des ZGB.	18
I. Die heutige Regelung .	18
II. Die Regelung in den kantonalen Gesetzbüchern und in den Entwürfen zum ZGB.	19
III. Pflichtteil und disponible Quote.	20
§ 3. Die Berechnung des Pflichtteils.	21
2. Abschnitt: Der für den Wert des Pflichtteils massgebende Zeitpunkt.	22
§ 4. Der Todestag als massgebender Zeitpunkt für die Höhe des Pflichtteils.	22
I. Die Lösung des Gesetzes.	22
II. Die Lösung des Bundesgerichts in BGE 65 II 218 ff.	24
III. Die Bestimmung des Todestags.	25
IV. Die Ausnahmen vom Todestag als massgebendem Zeitpunkt.	27
§ 5. Der für die Verfügungen von Todes wegen im besondern massgebende Zeitpunkt.	27
§ 6. Der für die Hinzufügungen massgebende Zeitpunkt.	28
I. Die Hinzurechnung der Zuwendungen unter Lebenden.	28
A. Allgemeines.	28
B. Der Todestag des Erblassers als massgebender Zeitpunkt für den Wert der Zuwendungen.	29
C. Die Hinzurechnung bei Zahlungsunfähigkeit und bei gutem Glauben des Zuwendungsempfängers.	31
II. Die Hinzurechnung der Versicherungsansprüche.	33
A. Allgemeines.	33
B. Rückkaufswert und massgebender Zeitpunkt für seine Berechnung.	33
	5

	Seite
3. Abschnitt: Die Wirkungen des für die Pflichtteilsberechnung massgebenden Zeitpunktes.	34
§ 7. Das Schicksal der Wertveränderungen.	34
I. Wertveränderungen im allgemeinen.	34
II. Wertveränderungen im Nachlass.	36
III. Wertveränderungen bei den durch Verfügung von Todes wegen vermachten Sachen.	37
A. Die allgemein vertretene Lösung.	37
B. Die Trennung von disponibler Quote und Pflichtteil beim Erbfall.	37
IV. Wertveränderungen bei den Gegenständen der lebzeitigen Zuwendungen.	40
V. Massgebender Zeitpunkt und Geldentwertung.	41
VI. Kritik des Systems des ZGB.	43
§ 8. Das Schicksal der Früchte.	44
I. Allgemeines.	44
II. Früchte des Nachlasses.	44
III. Früchte der durch Verfügung von Todes wegen vermachten Sachen.	44
IV. Früchte der Gegenstände der Zuwendungen unter Lebenden.	45
2. Kapitel: Der für die Ausgleichung massgebende Zeitpunkt.	47
1. Abschnitt: Die Ausgleichung.	47
§ 9. Die historischen Ausgleichungssysteme.	47
I. Das Wesen der Ausgleichung.	47
II. Die Kollation des römischen Rechts.	47
III. Die Ausgleichung im germanischen Recht.	48
IV. Der Unterschied zwischen römischem und germanischem Recht.	48
§ 10. Die Ausgleichung im ZGB.	49
2. Abschnitt: Der für den Wert der Ausgleichungsobjekte massgebende Zeitpunkt.	51
§ 11. Der Todestag des Erblassers als massgebender Zeitpunkt für den Wert der Ausgleichungsobjekte.	51
I. Die zwei bei der Ausgleichung massgebenden Zeitpunkte.	51
II. Die gesetzliche Regelung des Ausgleichungswertes.	51
§ 12. Die Sonderfälle von Art. 633 und Art. 631 Abs. 2.	54
I. Die Ansprüche mündiger Hauskinder aus Zuwendungen an ihre Eltern.	54
A. Allgemeines.	54
B. Die Bedeutung des Lidlohns für die Pflichtteilsberechnung.	55

	Seite
II. Der Vorausbezug unerzogener und gebrechlicher Kinder.	58
3. Abschnitt: Die Wirkungen des für den Wert der Ausgleichungsobjekte massgebenden Zeitpunktes.	58
§ 13. Das Schicksal der Wertveränderungen.	58
I. Allgemeines.	58
II. Wertveränderungen vor dem Erbfall.	59
III. Wertveränderungen nach dem Erbfall.	59
§ 14. Das Schicksal der Früchte.	61
I. Früchte vor dem Erbfall.	61
II. Früchte nach dem Erbfall.	61
3. Kapitel: Der für die Teilung massgebende Zeitpunkt.	63
1. Abschnitt: Die Erbteilung.	63
§ 15. Die Teilung als Abschluss des Erbgangs.	63
I. Das Wesen der Teilung.	63
II. Die Formen der Teilung.	64
III. Die beschränkte Erbteilung.	64
§ 16. Die Teilungsmasse.	65
I. Die Unterscheidung von Erbmasse und Teilungsmasse.	65
II. Die Feststellung der Teilungsmasse.	66
III. Erbteil und Pflichtteil.	67
2. Abschnitt: Der für den Teilungswert massgebende Zeitpunkt.	68
§ 17. Der Moment der Teilung als massgebender Zeitpunkt bei totaler Teilung.	68
I. Die Lösung des Gesetzes.	68
II. Ausgleichungspflichtige und herabgesetzte Zuwendungen im besondern.	70
§ 18. Der massgebende Zeitpunkt bei der beschränkten Teilung.	70
3. Abschnitt: Die Wirkungen des für den Teilungswert massgebenden Zeitpunktes.	72
§ 19. Das Schicksal von Wertveränderungen und Früchten.	72
I. Wertveränderungen und Früchte vor der Teilung.	72
II. Wertveränderungen und Früchte nach der Teilung.	72
§ 20. Wertveränderungen und Gewährleistungspflicht.	73
I. Allgemeines.	73
II. Der für die Höhe der gewährleisteten Erbteile massgebende Zeitpunkt.	74

4. Kapitel: § 21. Zusammenfassung.	76
I. Die zwei massgebenden Zeitpunkte des Erbgangs.	76
II. Das Schicksal von Wertveränderungen und Früchten.	77
III. Kritische Würdigung der gesetzlichen Regelung von Pflichtteilsberechnung und Teilung.	80

LITERATURVERZEICHNIS

- Abt, Georg Siegfried: Die Ansprüche mündiger Hauskinder aus Zuwendungen an ihre Eltern. Diss. Zürich 1926.
- Aguet, Francis: Contribution à l'étude du rapport successoral d'après les articles 626 à 633 du code civil Suisse. Diss. Lausanne 1918.
- Annen, Oskar: Die objektiv und subjektiv beschränkte Teilung der Erbgemeinschaft. Diss. Freiburg 1941.
- Baumann, Rudolf: Die Uebernahme landwirtschaftlicher Gewerbe im Erbgang und die Wertschätzung landwirtschaftlicher Grundstücke und Gewerbe für die Berechnung der verfügbaren Quote nach dem schweizerischen Zivilrechte. Diss. Bern 1924.
- Borel: Das bürgerliche Erbrecht. 3. A., Brugg 1939.
- Brühlmeier Beat: Die Wirkung beim Ausscheiden einer erbtteilsbeanspruchenden Person auf die Berechnung des Pflichtteils und der verfügbaren Quote. Diss. Freiburg 1945.
- Dernburg: Pandekten. 7. verb. A., 3 Bde, Berlin 1903.
- Egger: Kommentar zum Personenrecht. 2. A., Zürich 1930.
- Enneccerus/Kipp: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band V, Erbrecht. 8. A., Marburg 1930.
- Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, 2. A., Bern 1914. Zitiert: Erläuterungen.
- Escher: Kommentar zum Erbrecht. 2. A., 2 Bde., Zürich 1937/43.
- Felber, Rosmarie: Aufgeschobene und partielle Erbteilung nach schweizerischem Recht. Diss. Bern 1939.
- Graf, Hans Ulrich: Die Stellung mündiger Kinder im elterlichen Haushalt. Diss. Zürich 1950.
- Guhl: Das Pflichtteilsrecht des Zivilgesetzbuches unter besonderer Berücksichtigung des bernischen Uebergangsrechts. ZBJV 48 S. 197 ff.
- Habicht, Max: Die Formen der Erbschaftsteilung im schweizerischen Recht. Diss. Zürich 1925.
- Hagemann: Die antizipierte Erbfolge. ZSR 66 S. 199 ff.
- Hirtz, Arnold: Das Vermächtnis im schweizerischen Zivilgesetzbuch. Diss. Zürich 1937.
- Huber, Eugen: System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts. 4 Bde., Basel 1886/93. Zitiert: Huber.
- : Betrachtungen über die Vereinheitlichung des schweizerischen Erbrechts. Basel 1895. Zitiert: Huber Betrachtungen.
- Jörs/Kunkel: Römisches Privatrecht. 3. A., Berlin/Göttingen/Heidelberg 1949.
- Koepfen: Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts. 2 Bde., Würzburg 1886/95.

- Krayenbühl, Jean: Etude sur le legs. Diss. Lausanne 1916.
- Le Fort, Jacques: Quotité disponible et réserve dans le code civil Suisse. Diss. Genf 1917.
- Leist: Drei erbrechtliche Lehren. Erlangen 1875.
- Meier, Ernst: Der gute und böse Glaube im Erbrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Diss. Zürich 1924.
- Merz: Zur Auslegung einiger erbrechtlicher Teilungsregeln. Festgabe für Tuor, Zürich 1946, S. 85 ff.
- Müller, Jakob Arnold: Das Verhältnis von Ausgleichung und Herabsetzung im schweizerischen Erbrecht. Diss. Bern 1949.
- Nobs, Edith: Die Grenzen der Verfügungsfreiheit nach ZGB. Diss. Bern 1948.
- Roelli/Jäger: Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz. Band III, Personenversicherung, Bern 1933.
- Rösli, Arnold: Herabsetzungsklage und Ausgleichung im schweizerischen Zivilgesetzbuch. Diss. Zürich 1936.
- Rossel/Mentha: Manuel du droit civil Suisse. 2. A., 3 Bde., Lausanne/Genf 1920.
- Schiller, Fritz: Pflichtteil, Pflichtteilswert und Teilungsvorschrift. Diss. Zürich 1928.
- Schragenheim, Ernst: Die rechtliche Stellung des pflichtteilsgeschützten Erben nach dem deutschen BGB und dem schweizerischen ZGB. Diss. Basel 1933 (Maschinenschrift).
- Schröder/v. Künssberg: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 6. A., Berlin/Leipzig 1922.
- Schweizerische juristische Kartothek: Erscheint in Genf. Zitiert: Beck (oder Tuor) in SJK.
- Tuor: Kommentar zum Erbrecht. Bern 1929.
- : Das schweizerische Zivilgesetzbuch. 5. A., Zürich 1948.
- : Herabsetzung und Ausgleichung. ZBJV 61 S. 1 ff.
- Vital, H. L.: Die Verfügungsfreiheit des Erblassers nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch. Diss. Bern 1915.
- Weiss: Institutionen des römischen Privatrechts als Einleitung in die Privatrechtsordnung der Gegenwart. Basel 1949.
- Widmer, Helene: Die Erbengemeinschaft. Diss. Zürich 1926.
- Wolfer, Hans: Die Ausgleichung der Erben nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch. Diss. Zürich 1910.

Weitere Literatur in den Anmerkungen.

ABKÜRZUNGEN

ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907. Gewöhnlich nur mit „Art.“ zitiert.
OR	: Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936.
VVG	: Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908.
BGB	: Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.
c. c.	: Code civil Français vom 3. September 1807.
D	: Digesten.
Erläuterungen:	Erläuterungen zum Vorentwurf (vgl. Literaturverzeichnis).
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung, 4 Teile, Lausanne.
Praxis	: Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel.
BIZR	: Blätter für zürcherische Rechtssprechung, Zürich.
ZBJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern.
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich.
SJK	: Schweizerische juristische Kartothek, Genf.
ZSR	: Zeitschrift für schweizerisches Recht, Basel.

VORWORT

Die Zeitpunkte von Pflichtteilsberechnung und Teilung entscheiden über den Wert der Erbschaft und über die Höhe der Erbteile. Mit der Vornahme dieser beiden wichtigsten Operationen im Verlaufe des Erbgangs wird aber auch das Schicksal von Wertveränderungen und Früchten festgelegt. Der Wert der Erbschaft als Ganzes wie der Erbschaftsgegenstände im einzelnen ist eine Funktion der für diese beiden Operationen massgebenden Zeitpunkte. Dies aufzuzeigen ist das Ziel der vorliegenden Arbeit.

Für die Anregung des Themas wie auch für die zahlreichen Ratschläge bin ich Herrn Prof. Dr. G. Weiss zu grossem Dank verpflichtet.

Heinz Vonrufs.

1. KAPITEL

Der für die Pflichtteilsberechnung massgebende Zeitpunkt

1. ABSCHNITT: DAS PFLICHTTEILSRECHT

§ 1 Die historischen Pflichtteilsrechtssysteme

I. Das Wesen des Pflichtteils

Das Erbrecht baut auf der Familie auf. Die Blutsverwandtschaft hat zur Folge, dass der Vater am Schicksal seiner Kinder nach seinem Tode interessiert ist¹. Ebenso rechtfertigt die umfassende Lebensgemeinschaft der Ehegatten ein solches Interesse am spätern Schicksal des überlebenden Teils. Es ist somit angemessen, den Blutsverwandten — wenn immer möglich den Deszendenten — und dem überlebenden Ehegatten das ganze erblasserische Vermögen zukommen zu lassen. Dies ist denn auch im modernen Recht die gesetzliche Erbfolge.

Nun können aber auch andere Personen dem Erblasser sehr nahe stehen, ohne dass sie mit ihm verwandt wären. Oft hat der Erblasser mit ihnen engere Verbindung gehabt als mit seinen Verwandten. Es ist ein Gebot der Billigkeit, auch für solche Personen die Möglichkeit offen zu halten, Teile des erblasserischen Vermögens erwerben zu können. Immerhin sind die verwandtschaftlichen Bande so stark, dass den nächsten Verwandten und dem überlebenden Ehegatten ein Teil des erblasserischen Vermögens, der sogenannte Pflichtteil, hinterlassen werden muss².

Der Pflichtteil ist derjenige Teil des erblasserischen Vermögens, der bestimmten nahen Verwandten und dem überlebenden Ehegatten von Gesetzes wegen zukommen muss. Zusammen mit der disponiblen Quote bildet er die Erbmasse. Die Pflichtteilsberechtigten bilden den engsten Kreis der gesetzlichen Erben. Die Höhe des Pflichtteils kann verschieden sein: Das ZGB stuft ab nach der Nähe der Verwandtschaft der zur Erbfolge berufenen Personen, das BGB stellt einen einheitlichen Anspruch für alle Berechtigten auf.

¹ Vgl. das Sprichwort: Der Nächste am Blut, der Nächste am Gut.

² Vgl. die Ausführungen von Müller S. 8 ff.

Die rechtliche Natur des Pflichtteilsanspruchs ist verschieden, je nachdem, ob man von der völligen Verfangenschaft des Vermögens ausgeht, wie dies das germanischrechtliche System tut, oder von der schrankenlosen Verfügungsfreiheit, die die Grundlage des römischrechtlichen Systems bildet. Auch unser Gesetzgeber hatte bei der Kodifikation des Zivilrechts im Jahre 1907 zwischen diesen beiden Pflichtteilssystemen zu wählen, die, obwohl von zwei ganz verschiedenen Standpunkten ausgehend, doch das gleiche Ziel haben, den Schutz der Familienangehörigen.

II. Das germanischrechtliche System

1. Das germanischrechtliche System geht von der absoluten Familiengebundenheit des Vermögens aus; dieses ist der Familie des Erblassers schon zu seinen Lebzeiten verfangen. Das ist eine Folge der damaligen Gesellschaftsordnung: Das alte deutsche Haus ist der Mittelpunkt, um den sich alles dreht³. Eigentümerin des Vermögens ist die Hausgemeinschaft; das Individualvermögen kennt man noch nicht, es gibt nur Kollektivvermögen⁴. Der Munthalter ist nur Eigentümer des Vermögens kraft seiner Stellung als Vorsteher der Gemeinschaft, faktisch ist er blosser Vermögensverwalter⁵. Beim Tod des Familienoberhauptes tritt der nächste Vatermagen als Verwalter des Vermögens an seine Stelle. Dieses wird von der Gemeinschaft so wie unter dem Verstorbenen weiter genutzt⁶. Es kommt also gar nicht zum Erbgang.

Da es nur Kollektivvermögen gibt, kann der Munthalter auch zu seinen Lebzeiten nicht darüber verfügen⁷. Erst in fränkischer Zeit hat er die Möglichkeit, durch Rechtsgeschäft unter Lebenden Dritten Liegenschaften zuzuwenden. Allerdings bedürfen diese Verträge zu ihrer Gültigkeit der Zustimmung der nächsten Verwandten. Wird diese Zustimmung, das „Erbenlaub“, nicht eingeholt, können die übergangenen Verwandten die Liegenschaft ohne weiteres an sich ziehen, wie wenn der Erbfall eingetreten wäre⁸.

Trotz der erbrechtlichen Funktion handelt es sich bei diesen Verträgen stets um vermögensrechtliche; sie werden also nie von Todes wegen, sondern immer unter Lebenden geschlossen⁹.

2. Eine Verfügung von Todes wegen ist bisher nur im burgundischen Recht bekannt gewesen¹⁰; die betreffenden Vorschriften haben aber zu sehr dem damaligen Volksempfinden widersprochen, als dass sie sich hät-

3 Vgl. Huber IV S. 541.

4 Vgl. Schröder/v. Künssberg S. 356.

5 Vgl. Schragenheim S. 6.

6 Huber IV S. 542.

7 Vgl. Schröder/v. Künnsberg S. 66.

8 Huber IV S. 553.

9 Huber IV S. 604.

10 Huber IV S. 603.

ten durchsetzen können. Erst unter dem Einfluss des römischen Rechts verbreitet sich allmählich der Wunsch, auch von Todes wegen über sein Vermögen verfügen zu können. Vielerorts, ganz besonders in der Schweiz, kommt so im 13. Jahrhundert das Institut des „G e m ä c h t e s“ auf. Man versteht darunter eine Vergabung, die dem Bedachten die Vergünstigung auf den Tod des Vergabenden zusichert, ohne dass er zu Lebzeiten desselben etwas erhalten würde¹¹. Inhalt des Gemächtes ist gewöhnlich ein einzelner Gegenstand, niemals ein ganzes Vermögen. Oft sind es die „Seelgeräte“, d. h. die frommen Vergabungen, die jeder Bemittelte hinterlassen muss¹². Das Gemächte bedarf zu seiner Gültigkeit der Genehmigung durch den Rat oder das Gericht, wobei auch der Umfang der Zuwendung geprüft wird.

Zuerst ist das Gemächte ein Vertrag unter Lebenden, ist also unwiderruflich. Zur letztwilligen Verfügung, d. h. zum Testament¹³, wird es erst im 14. Jahrhundert. Bis zum Tode ist es jetzt widerruflich.

In einzelnen Schweizer Kantonen geht man zwar auch jetzt noch nicht von der völligen Verfangenschaft ab¹⁴. Im 15. Jahrhundert geht aber die Tendenz doch dahin, Verfügungen von Todes wegen zuzulassen. Im 16./17. Jahrhundert kommt man schliesslich an verschiedenen Orten dazu, dem Erblasser von Gesetzes wegen zu gestatten, über einen gewissen Teil des Vermögens frei zu verfügen¹⁵. Fortan wird unterschieden zwischen disponibler Quote und Pflichtteil. Grundsätzlich kommt die ganze Erbschaft den Verwandten zu; der Erblasser kann aber im Rahmen der disponiblen Quote über sein Vermögen verfügen. Natürlich ist in dieser Zeit die altdeutsche Grossfamilie schon längst verschwunden und an die Stelle des Familienvermögens das Individualvermögen getreten.

3. Das germanische System wird als System der disponiblen Quote bezeichnet. Diese Bezeichnung ist irreführend, wenn man sich nicht bewusst ist, dass das altdeutsche Recht von der Verfangenschaft des Gutes ausgeht, dass die Verfügungen also die Ausnahme bilden. Sie sind das bezeichnende Merkmal dieses Systems. Der Erblasser kann nur im Umfang der disponiblen Quote gültig und unanfechtbar verfügen. Der Rest seines Vermögens ist gewissen nahen Familienangehörigen vorbehalten. Diese haben Anspruch auf den Pflichtteil; sie sind die sogenannten Noterben, die im Bereich ihres Vorbehalts ein gegenüber dem Intestaterb recht qualitativ verstärktes Erbrecht besitzen¹⁶. Werden die Noterben in ihrem Pflichtteil verletzt, können sie sich direkt gegen die verletzenden Verfügungen wenden und ihre Herabsetzung auf das zulässige Mass

11 Huber IV S. 609.

12 Legras, Grundriss der schweizerischen Rechtsgeschichte, Zürich 1935, S. 187.

13 Das Testament hat seinen Ursprung im römischen Recht.

14 Deshalb nennt man das System der Verfangenschaft oft auch „Schweizerbrauch“.

15 Vgl. Huber IV S. 639.

16 Vgl. Escher Vorb. zu Art. 470—480 N 5.

verlangen¹⁷. Ihr Anspruch auf den Nachlass ist erbrechtlicher, also dinglicher Natur.

III. Das römischrechtliche System

1. Das römische Recht geht in geschichtlicher Zeit von der absoluten Verfügungsfreiheit des Erblassers aus¹⁸. Es steht dem Erblasser frei, wen er bedenken will¹⁹. Später, aber immer noch unter altrömischem Recht (Zwölftafelgesetz), muss wenigstens der suus im Testament ausdrücklich erwähnt werden, sei es, dass er als Erbe eingesetzt wird, sei es, dass er enterbt wird²⁰. Diese Regelung ist eine Folge der Tatsache, dass im allgemeinen die sui die Hausgemeinschaft fortsetzen²¹.

Auch das prätorische Recht geht von diesem formellen Noterbrecht nicht ab. Allerdings hat jetzt auch der Emanzipierte Anspruch darauf, im Testament genannt zu werden²². Erst das Zentumviralgericht schafft ein materielles Noterbrecht. Deszendenten und Aszendenten haben Anspruch auf die portio legitima, die vorerst (in Anlehnung an die lex Falcidia²³) $\frac{1}{4}$, später (unter Justinian) $\frac{1}{3}$ und in gewissen Fällen sogar bis $\frac{1}{2}$ des Intestaterbteils beträgt. Wird ein Pflichtteilsberechtigter übergangen, kann er das Testament als lieblos (testamentum inofficiosum) anfechten. Diese Klage, die querela inofficiosi testamenti, geht nicht auf Herstellung des Pflichtteils, sondern auf Herstellung des vollen Intestaterbteils^{24/25}. Als subsidiäres Rechtsmittel kann sie erst dann angestrengt werden, wenn keine andere Klagemöglichkeit besteht²⁶. Dem Erblasser soll zur Strafe für das Uebergehen des Pflichtteilsberechtigten die Verfügungsfreiheit über den ganzen Erbteil des Uebergangenen entzogen werden²⁷. Klagefundament ist also die Beleidigung des Pflichtteilsberechtigten durch den Erblasser. Passivlegitimiert ist der Testamentserbe. Bei Gutheissung der Klage wird das Testament bis zum Betrage des Intestaterbteils des klagenden Noterben aufgehoben; unterliegt der Kläger aber, verliert er als Ehrloser alles, was ihm der Erblasser zugewendet hat²⁸.

17 Huber II S. 299 ff.

18 In ältester Zeit gilt jedoch auch im römischen Recht das Familienerbrecht. Das römische Recht hat also bei seinem Eintritt in die historische Zeit schon eine Entwicklung zum Individualismus durchgemacht, vgl. Schragenheim S. 2.

19 Weiss S. 563; vgl. D 50, 16, 120: Uti legassit suae rei, ita ius esto.

20 Vgl. Gaius Institutionen II 123 ff.

21 Vgl. Weiss S. 564.

22 Vgl. Gaius Institutionen II 135 ff.

23 Jörs/Kunkel S. 354.

24 Dernburg III S. 288.

25 Die Querel ist höchstpersönlich, also nur vererblich, wenn sie schon angestrengt oder doch vorbereitet worden ist, vgl. Dernburg III S. 289.

26 Weiss S. 567

27 Vgl. Dernburg III S. 289, Koeppen II S. 600.

28 Dernburg III S. 291.

2. Justinian stellt der Querel für diejenigen Fälle eine andere Klage zur Seite, bei denen der Noterbe zwar bedacht worden ist, aber nicht im Umfange seiner portio. Diese Klage, die *actio ad supplendam legitimam* geht, wie der Name sagt, auf Herstellung des Pflichtteils. Die Einführung dieser Klage hat ihren Grund darin, dass die Querel umgangen werden kann, indem dem Noterben wenigstens ein Teil des Pflichtteils zugewendet wird, was noch erleichtert wird dadurch, dass jede letztwillige Zuwendung an Pflichtteilsberechtigte als Erbeinsetzung betrachtet wird²⁹.

Gemäss der Novelle 115 Justinians haben Aszendenten und Deszendenten später sowohl Anspruch auf Erbeinsetzung (*honor institutionis*) als auch auf den Pflichtteil. Der Pflichtteilsberechtigte wird also in noch weiterem Masse geschützt. Er hat ein materielles und ein formelles Noterbrecht.

Die *querela inofficiosi testamenti* verliert später fast jegliche Bedeutung. Die *actio ad supplendam legitimam* wird zur eigentlichen Klage auf Geltendmachung des Pflichtteils. Sie ist nicht auf dem Gedanken der Beleidigung aufgebaut, weshalb auch die Erfolglosigkeit der Klage keine Ehrlosigkeit nach sich zieht³⁰. Von grösster Wichtigkeit ist, dass sie nicht einen erbrechtlich-dinglichen, sondern nur einen obligatorischen Anspruch gibt.

IV. Zusammenfassung

Germanisches Recht wie römisches Recht haben an ihren, einander entgegenstehenden, Ausgangspunkten nicht festhalten können. Die beiden Pflichtteilsrechtssysteme haben sich im Laufe der Zeit einander genähert, sodass sie heute die gleichen wirtschaftlichen Resultate zeigen. Nie darf man aber übersehen, dass sie von zwei ganz verschiedenen Gesichtspunkten ausgehen. Nach germanischem Recht ist der Mensch nur ein Glied in einer Kette³¹. All sein Trachten geht nur darauf, die Familie zu stärken; er erwirbt nicht für sich, sondern für die Gemeinschaft. Das erklärt die Verfangenenschaft des Vermögens und die daraus resultierende erbrechtlich-dingliche Natur des Anspruchs der Pflichtteilsberechtigten.

Ganz anders im römischen Recht. Hier gilt der Mensch vor allem als Individuum. Die Bindung der Familie ist viel kleiner. Beim Tode des *pater familias* soll die Familie nicht unter allen Umständen weitergeführt werden. Das erklärt die Verfügungsfreiheit des römischen Rechts und die daraus folgende forderungsrechtliche Natur des Anspruchs der Pflichtteilsberechtigten.

²⁹ Dernburg III S. 297.

³⁰ Dernburg III S. 302.

³¹ Schiller S. 2.

Mit der Rezeption des römischen Rechts wird das germanische Recht aus Deutschland verdrängt. Es hält sich noch in den coutumes Nordfrankreichs, von wo es später in den code civil übergeht. Aus dem gemeinen Recht hat das BGB andererseits das römischrechtliche System übernommen.

§ 2 Der Standpunkt des ZGB

I. Die heutige Regelung

Das ZGB hat das germanischrechtliche System übernommen. Das lässt sich allerdings nicht mit der wünschenswerten Deutlichkeit ersehen³², weshalb sich denn auch eine reiche Literatur über diese Frage gebildet hat³³.

Zunächst scheint aus der Ueberschrift des zweiten Abschnitts geschlossen werden zu können, dass das Gesetz von der Verfügungsfreiheit ausgeht. Diese Meinung wird dadurch verstärkt, dass in Art. 471 die Pflichtteile in ihrer Höhe festgelegt werden.

Nun darf aber nicht übersehen werden, dass das Hauptmarginale zu Art. 470 ausdrücklich vom verfügbaren Teil spricht³⁴. Vom verfügbaren Teil spricht aber das germanischrechtliche System. Jedes System legt auf die Bestimmung derjenigen Grösse Gewicht, die ihrem Ausgangspunkt widerspricht³⁵. In Art. 474 wird der verfügbare Teil und nicht der Pflichtteil vorweg bestimmt. Das Gesetz legt das Maximum dessen fest, was dem Willen des Erblassers unterworfen ist³⁶. Wenn die Ueberschrift zum zweiten Abschnitt „Die Verfügungsfreiheit“ heisst, so will das heissen, dass die Disponible vorweg bestimmt wird. Sie ist die Ausnahme, sie muss deshalb vorweg bestimmt werden³⁷. Alles, was der Erblasser über die disponible Quote hinaus an Vermögen besitzt, fällt an die Pflichtteilsberechtigten³⁸. Sie allein profitieren von Wertvermehrungen im Nachlass und kommen durch Wertverminderungen zu Schaden³⁹. Der Pflichtteil spielt nur eine Rolle, wenn Verfügungen vorliegen⁴⁰. Ist dies nicht der Fall, haben wir es mit gewöhnlichen Erbteilen zu tun⁴¹.

32 Vgl. die Kritik von Le Fort S. 49/50.

33 Vgl. die Zusammenstellung bei Escher Vorb. zu Art. 470—480 N 11.

34 Vgl. Guhl in ZBJV 48 S. 201.

35 Vgl. vorne § 1 II 3.

36 Le Fort S. 25.

37 Erläuterungen S. 386: „Schon die Harmonie der Gesetzesvorschriften verlangt, dass die Freiheit des Erblassers, wenn die Verfügungen von Todes wegen gegenüber dem gesetzlichen Erbrecht in einem Verhältnis der Ausnahme zur Regel stehen, auch als Ausnahme dargestellt werde“.

38 Natürlich nur an diejenigen, bei denen die Voraussetzungen der Berufung zur Erbfolge gegeben sind, vgl. Brühlmeier S. 21.

39 Nachlass hier im Gegensatz zu den Verfügungen; vgl. dazu ausführlich hinten § 7.

40 Vgl. die Kritik der gesetzlichen Terminologie bei Schiller S. 17.

41 Vgl. hinten § 16 III.

Für das germanischrechtliche System spricht auch, dass das Gesetz in mehreren Artikeln die Pflichtteilsberechtigten als Erben bezeichnet (z. B. Art. 470, 477, 522, 530, usw.), was sie im römischen Recht nicht sind⁴². Wenn Art. 471 von der Höhe des Pflichtteils spricht, handelt es sich um ein blosses Mittel der Gesetzestechnik⁴³: „Mit Hilfe des Pflichtteils wird der verfügbare Teil ausgerechnet“⁴⁴. Es ist praktisch von Bedeutung, dass der Erblasser in einem einfachen Satz erfährt, über wieviel er verfügen kann⁴⁵, weil die Höhe des Pflichtteils variiert je nach der Parentel, die zur Erbfolge gelangt. Es muss vorerst die bruchteilsmässige Höhe der Pflichtteile bestimmt werden, die von der Nähe der Verwandtschaft abhängt⁴⁶. Erst dann kann zur Berechnung des verfügbaren Teils geschritten werden. Die Kombination, wie sie im Gesetz zum Ausdruck kommt, ist also nur äusserlich⁴⁷. Ziel der ganzen Operation ist die Bestimmung der disponiblen Quote^{48/49}.

Da das ZGB von der Verfangenschaft ausgeht, die Pflichtteilsberechtigten also Erben sind, muss die Klage wegen Verletzung des Pflichtteils nicht eine persönliche, sondern eine erbrechtlich-dingliche sein⁵⁰. Der Noterbe hat nicht einen obligatorischen Anspruch auf Herstellung seines Pflichtteils, sondern er hat diesen Anspruch kraft seines Erbrechtes. Der Pflichtteil muss hergestellt werden durch Herabsetzung der ihn verletzenden Verfügungen⁵¹. Allerdings sind zur Herabsetzungsklage nur diejenigen Pflichtteilsberechtigten legitimiert, die dem Wert nach ihren Vorbehalt nicht erhalten haben⁵².

II. Die Regelung in den kantonalen Gesetzbüchern und in den Entwürfen zum ZGB

Auch die kantonalen Rechte sprechen dafür, dass im ZGB das germanischrechtliche System kodifiziert werden musste, kennen doch fast sämt-

42 Auch nach dem BGB sind die Pflichtteilsberechtigten nicht Erben, vgl. § 2304.

43 Dies allerdings nur im Hinblick auf die Frage nach dem Pflichtteilssystem. Daneben hat Art. 471 aber die primäre Aufgabe, die Höhe der Pflichtteile festzusetzen, vgl. Escher Vorb. zu Art. 470—480 N 8; Tuor Vorb. zu Art. 470 ff. N. 8; Brühlmeier S. 19.

44 Guhl in ZBJV 48 S. 201.

45 Erläuterungen S. 146.

46 Die Art der Berechnung des Pflichtteils entspricht allerdings der römischrechtlichen, vgl. Rösli S. 9, Brühlmeier S. 17.

47 Erläuterungen S. 146: „Wir kombinieren nicht etwa disponible Quote und Pflichtteil miteinander, sondern treffen die ganze Regelung ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt der disponiblen Quote“.

48 Die disponible Quote korrespondiert mit den je nach der Nähe der Berechtigten sich ergebenden Pflichtteilen.

49 Auch die Literatur vertritt die angeführte Ansicht, vgl. die Aufzählung bei Escher Vorb. zu Art. 470—480 N 11; a. M. z. B. noch Schoch in SJZ 6 S. 284.

50 Vgl. Schiller S. 13, Rösli S. 8, Nobs S. 11. Brühlmeier spricht von „dinglich-erbrechtlich“ (S. 18).

51 So auch c. c. Art. 920. Im Gegensatz dazu gibt BGB § 2305 dem verletzten Pflichtteilsberechtigten eine blosses Forderungsklage, vgl. Schragenheim S. 89.

52 Art. 522 Abs. 1.

liche ein Noterbrecht und sprechen den Pflichtteilsberechtigten Erbentstellung zu⁵³. Allerdings macht sich überall die Tendenz nach Erweiterung der Verfügungsfreiheit geltend.

Das ZGB wollte wenn möglich nicht von den im Volke lebendigen Rechtsanschauungen abweichen⁵⁴. „Nur soweit, als unter Berücksichtigung der historischen Grundlagen ein befriedigendes Resultat nicht gefunden werden konnte, mussten allgemeine Gründe für die Ausgestaltung der Verfügungsfreiheit wegleitend sein und den Gesetzgeber veranlassen, nötigenfalls im Gegensatz zur Ueberlieferung eine Entscheidung zu treffen“⁵⁵. Im grossen war dies jedoch nicht der Fall, sodass der Teilentwurf von 1895 und der Vorentwurf von 1900 ohne Bedenken die Lösung der kantonalen Rechte übernehmen konnten.

Bei der Kodifikation des Zivilrechts wäre es nach den gegebenen Verhältnissen gar nicht möglich gewesen, zum römischrechtlichen System zu greifen, war doch die Bevölkerung im allgemeinen arm und waren die Erben deshalb auf den Nachlass angewiesen. Auch erscheint das germanischrechtliche System als ein System des Friedens in der Familie, indem Strebertum und Missgunst im Rahmen des Vorbehaltes erfolglos sein müssen. Ebenso wird Bevorzugungen innerhalb der Familie, die oft Anlass zu späteren Streitigkeiten unter den Erben bilden, besonders aber der Bevorzugung der Söhne vor den Töchtern, entgegengewirkt⁵⁶. Für die Verfügungsfreiheit könnte allerdings angeführt werden, dass der Erblasser bei seinem Lebensabend mit einer Einsicht ausgerüstet ist, die ihn weise verfügen lässt. Er wird wohl nicht ohne Grund seine Angehörigen, für die er sein Leben lang gearbeitet hat, benachteiligen wollen. Diese Ueberlegungen mussten aber vor den historischen Gegebenheiten zurücktreten.

III. Pflichtteil und disponible Quote

Pflichtteil und disponible Quote⁵⁷ machen zusammen das erblasserische Vermögen aus. Nur im Moment der Vermögensberechnung allerdings stehen die beiden Teile der Erbmasse in einem bestimmten zulässigen Verhältnis zueinander. In diesem Zeitpunkt bedingen sich Pflichtteil und disponible Quote gegenseitig. Später kann sich das Verhältnis verändern, ohne dass es zur Herabsetzung käme⁵⁸.

53 Huber II S. 260. Schwyz und Obwalden kennen überhaupt keine Dispositionsbefugnis.

54 Vgl. Huber Betrachtungen S. 1.

55 Vital S. 87.

56 Vgl. Huber Betrachtungen S. 26, 31.

57 Brühlmeier S. 20 unterscheidet zwischen objektiv und subjektiv verfügbarer Quote.

58 Die Grösse der disponiblen Quote hängt auch ab von Ausschlagung, Erbunwürdigkeit, Enterbung; vgl. dazu Escher Vorb. zu Art. 470–480 N 19 ff.; Brühlmeier S. 55 ff., 72 ff., 84 ff., 98 ff.; Vital S. 49.

Die Abhängigkeit von disponibler Quote und Pflichtteil zeigt sich erst deutlich, wenn nicht die erste Parentel zur Erbschaft gelangt. Bei Vorliegen einer Verfügung von Todes wegen werden dann die gesetzlichen Erbteile nicht proportional gekürzt⁵⁹, sondern es tritt Art. 471 in Funktion: Der Anteil der Eltern z. B. ist stärker geschützt als derjenige der Geschwister des Erblassers. So verändert sich die disponible Quote je nach der Parentel, die zur Erbfolge gelangt. Diese Regelung rechtfertigt sich aus der Ueberlegung, dass das Vermögen wenn immer möglich an die Deszendenten weitergegeben werden soll.

§ 3 Die Berechnung des Pflichtteils

Bei der Berechnung des Pflichtteils kann nicht vom momentanen Vermögen des Erblassers ausgegangen werden, sondern es müssen noch verschiedene Posten hinzugerechnet oder abgezogen werden. Ueberdies muss vor der erbrechtlichen die güterrechtliche Auseinandersetzung stattfinden⁶⁰. Damit die disponible Quote bestimmt werden kann, muss also vorerst die Erbmasse berechnet werden. Hierauf erfolgt die Berechnung des Pflichtteils. Der Rest ist dann die disponible Quote, deren Bestimmung Zweck der beiden vorhergehenden Operationen ist⁶¹. In den meisten Fällen ist die disponible Quote nicht voll ausgenützt. Den Pflichtteilsberechtigten kommt also mehr zu als ihr Vorbehalt⁶².

In die Erbmasse, d. h. in das „Vermögen“ nach Art. 474⁶³, fällt zunächst das Nettovermögen des Erblassers. Dazu gehören auch die ausgleichungspflichtigen Vorausbezüge, denn diese fallen direkt in die Erbschaft⁶⁴. Abzuziehen sind die Schulden des Erblassers⁶⁵, nicht aber die Verfügungen von Todes wegen⁶⁶. Abzuziehen sind ferner die in Art. 474 Abs. 2 genannten kleinen Posten⁶⁷.

Hinzuzurechnen sind die Zuwendungen unter Lebenden, soweit sie nicht schon der Ausgleichung unterliegen⁶⁸, sowie Versicherungsansprüche, die der Erblasser unentgeltlich auf einen Dritten übertragen hat⁶⁹.

59 Vgl. Tuor Vorb. zu Art. 470 ff. N 7.

60 Es kann sich hier nur um eine summarische Darstellung handeln; für Einzelheiten sei neben den Kommentaren verwiesen auf Vital S. 169 ff., Schiller S. 32 ff., Nobs S. 69 ff., und neuerdings G. Kupper, Ausgleichung und Herabsetzung in SJZ 47, S. 340 ff.

61 Vgl. vorne § 2 I.

62 Vgl. hinten § 7 I.

63 Wenn das Gesetz in Art. 475 und 476 von einer Hinzurechnung zum Vermögen spricht, so will das nicht heissen, dass diese Verfügungen von aussen zu einem Vermögen hinzugerechnet werden; die Zuwendungen unter Lebenden wie die Versicherungsansprüche sind Teile dieses Vermögens.

64 Tuor ZGB S. 324, vgl. BGE 45 II 13 und neuerdings 76 II 188.

65 Dazu sind auch die Ausgleichungsansprüche mündiger Hauskinder und die Vorausbezüge unerzogener und gebrechlicher Kinder zu zählen, vgl. hinten § 12.

66 Vgl. BGE 59 II 130.

67 Nach der Praxis auch noch andere, Borel S. 203; vgl. auch Abt S. 78, Vital S. 181, Schiller S. 43 und Brühlmeier S. 34; letztere zwei Autoren halten die Aufzählung für abschliessend.

Für die Schätzung gilt allgemein der Verkehrswert, für landwirtschaftliche Grundstücke der Ertragswert⁷⁰. Gegenstände ohne Geldwert werden nicht geschätzt. Es kommt nicht darauf an, wie hoch der Erblasser die Gegenstände einschätzt⁷¹; Art. 474 ist zwingender Natur⁷². Es muss also objektiv gewertet werden⁷³. Schätzungen des Erblassers sind hingegen bei der Teilung massgebend, soweit der Pflichtteil nicht verletzt ist⁷⁴.

Erst nach Durchführung der hier nur kurz beschriebenen Operationen erfolgt die Berechnung der disponiblen Quote. Dies geschieht durch Subtraktion der Pflichtteile von der Erbmasse; massgebend ist der Stand des Vermögens beim Tode des Erblassers⁷⁵.

2. ABSCHNITT: DER FÜR DEN WERT DES PFLICHTTEILS MASSGEBENDE ZEITPUNKT

§ 4 Der Todestag als massgebender Zeitpunkt für die Höhe des Pflichtteils

I. Die Lösung des Gesetzes

1. Wenn ein Vermögen vererbt wird, muss zuerst seine Grösse festgestellt werden. Es muss Umfang und Wert der Erbschaft berechnet werden. Es kann ein Gegenstand, der früher einmal zum Vermögen des Erblassers gehört hat, nicht zur Erbmasse gerechnet werden, es sei denn, er werde nach Gesetz hinzugerechnet. Auch dann kann aber nicht sein Wert beim Ausscheiden aus dem Vermögen massgebend sein, sondern es muss derjenige beim Wiedereintritt in das Vermögen sein⁷⁶. Bei der Vermögensberechnung werden alle Erbschaftsgegenstände mit ihrem gegenwärtigen Wert, also mit demjenigen im Moment der Vermögensberechnung, eingesetzt.

68 Art. 475 in Verbindung mit Art. 527.

69 Art. 476

70 So die herrschende Meinung, vgl. Escher zu Art. 474 N 6, Baumann S. 133 ff.

71 BGE 65 II 220, Baumann S. 119.

72 Da Ziel der Vermögensberechnung die Bestimmung der disponiblen Quote ist, können Schätzungen des Erblassers auch dann nicht verbindlich sein, wenn die disponible Quote nicht überschritten ist.

73 Allerdings muss berücksichtigt werden, dass der objektive Wert nichts anderes als der Ausdruck der communis aestimatio zur Zeit der Bewertung ist, Merz S. 91.

74 BGE 46 II 223, vgl. auch Tuor in SJK Nr. 500 I.

75 Art. 474, siehe hinten § 4.

76 Vgl. § 6 I B und § 11 II.

2. Das ZGB hat als massgebenden Zeitpunkt für die Vermögensberechnung den Todestag des Erblassers bestimmt⁷⁷. In diesem Moment wird die disponible Quote bestimmt⁷⁸. Art. 474 Abs. 1 lautet folgendermassen: „Der verfügbare Teil berechnet sich nach dem Stande des Vermögens zur Zeit des Todes des Erblassers“⁷⁹. Dieser Zeitpunkt entscheidet über Vorhandensein, Zustand und Wert der Erbschaftsgegenstände⁸⁰. Alle Vermögensobjekte, die überhaupt vererbt werden können und die sich im Eigentum des Erblassers befinden oder sonstwie zur Erbmasse gerechnet werden, werden mit ihrem Wert beim Todestag in die Vermögensberechnung eingesetzt: Grundstücke, Fahrnis, aber auch Forderungen und beschränkte dingliche Rechte⁸¹.

Der Todestag ist aber auch massgebend für die Schulden. Die vermögensrechtlichen Verhältnisse des Erblassers werden so bereinigt, dass nachher nur noch das Reinvermögen als Nachlass besteht.

Beim Erbfall werden disponible Quote und Pflichtteil getrennt. Jeder Teil hat fortan sein besonderes Schicksal. Später eintretende Wertveränderungen treffen die Seite, auf der sie eintreten⁸². Die Vermögensberechnung zeigt den Pflichtteilsberechtigten, welchen Abzug sie sich beim Erbfall schlimmstenfalls gefallen lassen müssen. Nur wenn dieser Abzug bestimmt ist, kann der Noterbe entscheiden, ob sein Vorbehalt durch die vorliegenden Verfügungen verletzt ist⁸³.

Auch wenn Art. 474 nichts über den massgebenden Zeitpunkt aussagen würde, müsste doch schon aus Art. 537 Abs. 2 geschlossen werden, dass nur der Zeitpunkt des Todes des Erblassers in Frage kommen kann. Dort wird nämlich bestimmt, dass Teilungen und Zuwendungen zu Lebzeiten des Erblassers „nach dem Stande berücksichtigt werden, wie er beim Tode des Erblassers vorhanden ist“. Da aber für die Vermögensberechnung nur ein Zeitpunkt massgebend sein kann, muss auch für die übrigen Bestandteile der Erbmasse auf den Stand am Todestag des Erblassers abgestellt werden.

3. Ein erster Grund für die Wahl des Todestages als massgebenden Zeitpunkt ist der, dass im Moment des Erlöschens einer Person diese nicht mehr über ihr Vermögen verfügen kann. Es ist eine logische Folge des Todes des Vaters, dass die Kinder feststellen, wieviel ihnen nun zukommt.

77 Vgl. BGE 59 II 126.

78 Gemäss seiner Konzeption bestimmt das BGB in diesem Zeitpunkt nicht die Disponible, sondern den Pflichtteil (§ 2311).

79 Ueber die Vermögensberechnung selbst vorne § 3.

80 Tuor zu Art. 537 N 6, vgl. auch N 9.

81 Vgl. Escher zu Art. 474 N 5 ff., vgl. auch Praxis 31 Nr. 65 E 4.

82 Näheres darüber hinten § 7.

83 Die Nutzniessung des überlebenden Ehegatten geht, da sie nicht pflichtteilsgeschützt ist, nur auf diejenigen Aktivposten, die sich beim Erbfall im Nachlass befinden, nur auf den reinen Nachlass, Escher zu Art. 462 N 17.

Ein anderer Grund für die Wahl des Todestages liegt darin, dass kein an der Erbschaft Interessierter Einfluss auf deren Höhe haben soll. Diese soll eine rein zufällige sein, was sehr wichtig ist, wenn man bedenkt, dass die Erbschaftsgegenstände nach dem Erbfall oft Wertveränderungen erleiden, sei es in positivem, sei es in negativem Sinne. Würde man auf den Zeitpunkt der Teilung abstellen (was nach positivem Recht gar nicht möglich ist), so könnten die Pflichtteilsberechtigten, die sich im Besitze von Erbschaftsgegenständen befänden, sich gegenüber den Bedachten ihnen nicht zukommende Vorteile sichern, weil sie die Teilung jederzeit begehren können⁸⁴.

Zu beachten ist auch, dass Testamente meist in Erwartung des Todes geschrieben werden. Der Erblasser kann sich gewöhnlich ein Bild machen, wie gross sein Vermögen bei seinem Ableben sein wird. Erfolgt die Pflichtteilsberechnung beim Erbfall, ist der Wille des Erblassers jedenfalls eher gewahrt, als wenn sie erst später erfolgen würde.

Der Todestag als massgebender Zeitpunkt entspricht auch dem Verfangenschaftsprinzip. Den nächsten Familiengliedern ist prinzipiell alles Gut verfangen. Es muss dessen Grösse also in dem Moment gemessen werden, in dem sich die Verfangenschaft manifestiert. Das trifft nach heutigem Recht erst auf den Erbfall zu. Ob der Pflichtteil verletzt ist, kann bei der heutigen Zulässigkeit der Zuwendungen unter Lebenden erst im Moment des Erbfalls ermittelt werden. Die Verfangenschaft besteht erst am Nachlass, nicht schon am Vermögen des Erblassers zu seinen Lebzeiten⁸⁵.

II. Die Lösung des Bundesgerichts in BGE 65 II 218 ff.

In seinem Entscheid BGE 65 II 218 ff. ist das Bundesgericht scheinbar von der gesetzlichen Regelung des massgebenden Zeitpunktes abgewichen. Art. 474 habe in erster Linie nur die Anrechnung einer Verfügung von Todes wegen nach dem Zeitpunkt ihrer Errichtung ausschliessen wollen. Es sei aber nicht ausgeschlossen, dass dann für die Pflichtteilsberechnung ein anderer Zeitpunkt gelten könne, wenn sich der Erbgang über eine längere Zeit erstrecke und Wertveränderungen eintreten, die bei der Teilung nach gesetzlicher Vorschrift zu berücksichtigen seien.

Dieser Lösung kann zugestimmt werden. In dem angeführten Entscheid handelt es sich um ein landwirtschaftliches Grundstück, das nach der heute herrschenden Auffassung bei der Pflichtteilsberechnung zum Ertragswert einzusetzen ist, der gewöhnlich $\frac{3}{4}$ des Verkehrswerts beträgt.

⁸⁴ Art. 604.

⁸⁵ Vgl. hinten § 6 I B.

Wird nun ein Grundstück als landwirtschaftliches vererbt, später aber als Bauland verwertet, sind die Vermächtnisnehmer offensichtlich die Geschädigten, weil die Bewertung seinerzeit nach dem Ertragswert vorgenommen worden ist und sich deshalb eine kleinere disponible Quote ergeben hat, sodass vielleicht Verfügungen haben herabgesetzt werden müssen. Hier rechtfertigt sich eine (wie unten gezeigt werden wird, nur scheinbare) Abweichung vom Todestag als massgebendem Zeitpunkt⁸⁶. Anders, wenn das Grundstück beim Erbfall mit seinem Verkehrswert zugerechnet wird, bei der Teilung aber landwirtschaftlich genutzt wird. In diesem — zwar wohl seltenen — Fall sind die Vermächtnisnehmer schon zu ihrem Recht gekommen. Es stehen nur noch die Interessen der Erben im Spiel.

Wenn im zitierten bundesgerichtlichen Entscheid ein späterer Zeitpunkt als möglich erklärt wird, so kann das nicht den Sinn haben, dass die Berechnung des Vermögens auf diesen Moment vorgenommen wird. Der spätere Zeitpunkt spielt nur insofern eine Rolle, als in diesem Moment die Benutzungsart des Grundstücks geändert hat. Die Vermögensberechnung erfolgt auch jetzt noch nach dem Todestag des Erblassers. Von einer Verschiebung des massgebenden Zeitpunktes kann keine Rede sein. Die später eingetretene Tatsache des Wechsels der Benutzungsart des Grundstücks wird als schon im Moment des Todes des Erblassers eingetreten fingiert⁸⁷.

III. Die Bestimmung des Todestages

1. Der Todestag des Erblassers ist in den meisten Fällen bekannt, denn selten leben ja in unseren Gegenden Personen so isoliert, dass ihr Tod nicht sehr bald bekannt würde. In zwei Fällen ist hingegen eine genaue Bestimmung des Todestages nicht möglich⁸⁸.

Der eine dieser Fälle liegt vor, wenn eine Person unter Umständen verschwunden ist, die ihren Tod als sicher erscheinen lassen⁸⁹. Bei Vorliegen

86 Für die Erben unter sich hat das Gesetz einen Schutz vorgesehen, um einen Vorteil, der sich aus der Aenderung der Benutzungsart ergibt, nicht nur demjenigen zukommen zu lassen, der ein Grundstück zugeteilt erhalten hat. Nach Art. 619 dürfen nämlich die Miterben einen verhältnismässigen Anteil am Gewinn beanspruchen, den der übernehmende Erbe innerhalb der der Teilung folgenden fünfzehn Jahre durch Verkauf des Grundstücks erzielt, das er seinerzeit unter dem Verkehrswert erhalten hat.

87 Einen spätern Zeitpunkt als den des Erbfalls anzunehmen, rechtfertigt sich (ausser den Widerständen, die das positive Recht bildet) auch deshalb nicht, weil Erbschaften selten nur aus Grundstücken bestehen. Für Fahrnis besteht aber keine Veranlassung, einen späteren Zeitpunkt anzunehmen. Da für das gesamte Vermögen nur ein Zeitpunkt angenommen werden kann, muss man den später eingetretenen Zustand als schon beim Erbfall bestehend betrachten.

88 Vgl. Vital S. 161, Baumann S. 118.

89 Art. 34.

dieser Todesanzeigen können die präsuntiven Erben die Eintragung des Vermissten ins Todesregister veranlassen⁹⁰. Erst durch diese Eintragung treten die materiellen Wirkungen des Todes ein⁹¹; die Eintragung wirkt ex nunc.

Der Todestag ist auch dann unbekannt, wenn jemand in hoher Todesgefahr verschwunden oder seit langer Zeit nachrichtenlos abwesend ist. In diesem Fall kann das Verschollenheitsverfahren angestrengt werden, wobei die Wirkungen der Verschollenerklärung auf den Zeitpunkt der Todesgefahr oder der letzten Nachricht zurückbezogen werden⁹². Es muss also hier d i e s e s Datum als mutmasslicher Todestag des Erblassers angenommen werden⁹³. Eine Schwierigkeit ergibt sich, wenn der Todestag nachträglich bestimmt werden kann. Mit Vital und Le Fort bin ich hier der Meinung, dass dann d i e s e r Zeitpunkt massgebend sein soll^{94/95}. Der andere Zeitpunkt ist nur ein Ersatzzeitpunkt, der vor dem wirklichen Todestag zurücktreten muss⁹⁶. Rückkehr im Sinne des Art. 547 liegt auch dann vor, wenn der Todestag nachträglich bestimmt werden kann. Die genaue Bestimmung des Todestages des Erblassers verändert neben der Höhe des Vermögens infolge Wertveränderungen oft auch das Verhältnis von disponibler Quote zu Pflichtteil⁹⁷. Es muss untersucht werden, ob die Pflichtteile der wahren Erben verletzt sind. Es muss also auf den tatsächlichen Tod abgestellt werden⁹⁸.

2. Die vom Gesetz bei Vorliegen von Todesanzeigen getroffene Lösung kann sicher nicht kritisiert werden. Es muss vor Eröffnung des Erbgangs eine amtliche Bestätigung des Todes eingeholt werden. Ist diese einmal beigebracht, besteht kein Grund mehr, mit der Vermögensberechnung noch zuzuwarten. Der Registereintrag wird wohl bald nach dem Verschwinden der betreffenden Person erfolgen.

Den bei der Verschollenheit gewählten Zeitpunkt nennt Le Fort rein willkürlich⁹⁹. Für die Gefahrenverschollenheit stimmt das nun offensichtlich nicht, denn es ist zu erwarten, dass der Tod bei Verschwinden in hoher Todesgefahr bald nachher eingetreten ist. Aber auch bei nachrichtenloser Abwesenheit kann die Lösung des Gesetzes begründet werden: Es muss angenommen werden, dass der Verschollene, wenn er noch am Leben

90 Art. 49.

91 Vgl. Egger zu Art. 34 N 5.

92 Art. 35, 36 und 38.

93 Vgl. Vital S. 162, Tuor zu Art. 537 N 5, Brühlmeier S. 41.

94 Vital S. 163, Le Fort S. 178.

95 Die Berechnung des Vermögens auf Jahre zurück wird allerdings Schwierigkeiten bereiten, Brühlmeier S. 30, Vital S. 162.

96 Schragenheim S. 51.

97 So kann etwa ein eingewiesener Bruder vor dem wirklichen Todestag gestorben sein. Sein Kind hat keinen Pflichtteilsanspruch mehr.

98 Vgl. Vital S. 164, Baumann S. 119, Tuor zu Art. 547 N 1.

99 Le Fort S. 178.

wäre, seine Angehörigen wohl nicht ohne Nachricht gelassen hätte¹⁰⁰. Dem Ablauf der Frist kommt nur die Bedeutung einer Erwahrung zu, wahrscheinlich ist der Tod längst eingetreten. Es ist deshalb naheliegend, den Tag des Verschwindens einer Person als massgebend zu erklären¹⁰¹, auch wenn diese zu jener Zeit bestimmt noch gelebt hat^{102/103}.

IV. Die Ausnahmen vom Todestag als massgebendem Zeitpunkt

Grundsätzlich werden nur jene Schulden bei der Vermögensberechnung berücksichtigt, die im Zeitpunkt des Erbfalls schon zur Entstehung gelangt sind. Es gibt jedoch Schulden, die in diesem Moment noch gar nicht existieren, sondern erst durch den Tod des Erblassers geschaffen werden. Es handelt sich hier nicht um Schulden des Erblassers, sondern um solche der Erbschaft. Trotzdem werden auch sie bei der Pflichtteilsberechnung berücksichtigt. Dies bedeutet allerdings eine Abweichung vom Grundsatz, dass der Todestag für die Vermögensberechnung allein massgebend sein soll. Diese Abweichung rechtfertigt sich aber, weil diese Schulden bei Anlass des Erbfalls entstehen und gewöhnlich keinen grossen Einfluss auf die Höhe der Erbmasse ausüben, müssen sich die Ausgaben doch im Rahmen des Ortsüblichen halten und den gesellschaftlichen und ökonomischen Verhältnissen des Erblassers entsprechen¹⁰⁴.

Durch die Deckung dieser in Art. 474 Abs. 2 genannten Ausgaben durch die Erbmasse wird das Vermögen und damit disponible Quote und Pflichtteil verkleinert. Es sind die Pflichtteilsberechtigten, die von dieser Lösung profitieren, indem auch die Vermächtnisnehmer und die Zuwendungsempfänger am Abzug beteiligt sind¹⁰⁵, was allerdings nur aktuell wird, wenn es zur Herabsetzung kommt.

Mit der Vermögensberechnung muss nicht zugewartet werden, bis die beschriebenen Ausgaben gemacht sind. Bevor sie jedoch nicht zum mindesten bestimmt sind, kann die Pflichtteilsberechnung nicht vorgenommen werden.

§ 5 Der für die Verfügungen von Todes wegen im besondern massgebende Zeitpunkt

Da die Verfügungen von Todes wegen als Teil des Nettovermögens des Erblassers zum Erbfall kommen, ergibt sich von selbst, dass für ihre Be-

100 Egger zu Art. 38 N 4.

101 Besonders, wenn man an die Gefahrenverschollenheit denkt.

102 Rümelin, Der Vorentwurf zu einem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Leipzig 1901, S. 55.

103 Die Rechte, die eine Todeserklärung kennen, lassen die Wirkungen der Todesvermutung bei nachrichtenloser Abwesenheit erst nach Ablauf der Frist eintreten, Egger zu Art. 38 N 4.

104 Vgl. Praxis 17 Nr. 115.

105 Vgl. Escher zu Art. 474 N 11.

wertung derjenige Zeitpunkt gelten muss, der für die gesamte Erbmasse gilt, also der Todestag des Erblassers¹⁰⁶. Das sagt das Gesetz zwar nur für das Sachvermächtnis ausdrücklich: Nach Art. 485 ist die Sache dem Bedachten in dem Zustande und in der Beschaffenheit herauszugeben, wie sie sich beim Erbfall findet; für Summenvermächtnisse ist die Bestimmung des massgebenden Zeitpunktes aber gar nicht von Wichtigkeit, weil sie sich, im Gegensatz zu den Sachvermächtnissen, nicht verändern können^{107/108}.

Bei den Verfügungen von Todes wegen kommt es also nicht auf den Tag des Testamenterrichtung an, d. h. nicht darauf, ob in jenem Moment die Disponible überschritten ist¹⁰⁹, was auch sehr schwer festzustellen wäre, müsste es sich doch um eine Rekonstruktion des Vermögens handeln, da die Erben gewöhnlich erst beim Erbfall etwas von Verfügungen erfahren. Für die Höhe der Verfügungen ist der Zeitpunkt des Erbfalls massgebend. Eine spätere Geldentwertung kann dem Legataren nicht entgegengehalten werden¹¹⁰. Der mit Vermächtnissen Beschwerte kann sich nur im Zeitpunkt des Erbfalls darauf berufen, diese überstiegen den Betrag der Erbschaft oder die Zuwendung des Erblassers an ihn oder den verfügbaren Teil¹¹¹.

§ 6 Der für die Hinzufügungen massgebende Zeitpunkt

I. Die Hinzurechnung der Zuwendungen unter Lebenden

A. Allgemeines

Wie schon gesehen¹¹², versteht sich der Einbezug der Verfügungen von Todes wegen in das Vermögen von selbst, da diese erst auf den Erbfall fällig werden. Damit das Pflichtteilsrecht aber einen Sinn erhält, müssen auch die Zuwendungen unter Lebenden berücksichtigt werden. Wäre dies nicht der Fall, könnte der Erblasser ungestraft zu seinen Lebzeiten sein ganzes Vermögen verschenken. Hinzugerechnet werden jedoch nicht alle Liberalitäten, sondern nur gewisse unter ihnen¹¹³. Es wird nämlich den Motiven, die den Zuwendungen zugrundeliegen, Bedeutung beigemessen, was bei den Verfügungen von Todes wegen nicht geschieht¹¹⁴.

106 Verfügungen von Todes wegen dürfen nie abgezogen werden, denn sie sind keine Schulden des Erblassers, BGE 59 II 130. Es ist gerade ihre Zulässigkeit, die geprüft werden soll.

107 Vgl. hinten § 7.

108 Ueber die Aufwertung vgl. hinten § 7 V.

109 Vgl. Escher Einl. zu Art. 522—533 N 23.

110 Vgl. BGE 59 II 126.

111 Vgl. Art. 486 Abs. 1.

112 Vorne § 5.

113 Vgl. Vital S. 202.

114 Vgl. Müller S. 12.

Ueberdies spielt auch die zeitliche Beziehung der Ausrichtung der Zuwendungen zum Erbfall eine Rolle¹¹⁵. Endlich sind die lebzeitigen Liberalitäten auch dadurch privilegiert, dass sie erst nach den Verfügungen von Todes wegen herabgesetzt werden. Ihre Verbindung mit der Erbmasse besteht vorerst in der blossen Hinzurechnung, in einer „réunion fictive“¹¹⁶. Erst bei Ueberschreitung der disponiblen Quote schon durch sie werden sie herabgesetzt. Die Zuwendungen unter Lebenden erfahren also eine verschiedene Behandlung¹¹⁷:

1. Sie werden zur Berechnung der Erbmasse nicht herangezogen. Diese Zuwendungen sind für das Erbrecht überhaupt irrelevant¹¹⁸.
2. Sie werden wohl zur Vermögensberechnung herangezogen, dabei bleibt es aber.
3. Sie werden herabgesetzt, weil schon durch sie die disponible Quote überschritten worden ist.

Die Zurechnung der unter 2. und 3. genannten Zuwendungen erfolgt auf jeden Fall¹¹⁹, denn erst ihre Berücksichtigung ermöglicht es, die Verfügungen des Erblassers auf ihre Haltbarkeit zu prüfen. Die tatsächliche Herabsetzung ist nur eine eventuell eintretende Folge der Hinzurechnung, die aber erst eintritt, wenn die Verfügungen von Todes wegen vollständig herabgesetzt sind.

Art. 527 zählt die Zuwendungen, die bei der Vermögensberechnung hinzugerechnet werden, abschliessend auf. Sie hier darzustellen, ginge über den Rahmen dieser Arbeit hinaus.

B. Der Todestag des Erblassers als massgebender Zeitpunkt für den Wert der Zuwendungen

1. Art. 474 erklärt als massgebenden Zeitpunkt für die Vermögensberechnung den Todestag des Erblassers. Da gemäss Art. 475 die Zuwendungen unter Lebenden ebenfalls zum Vermögen gezogen werden, muss für ihre Bewertung ebenfalls dieser Zeitpunkt gelten, denn es lässt sich nicht gut denken, dass bei der Vermögensberechnung verschiedene Zeitpunkte gelten sollen. Die Vermögensberechnung ist eine Schätzung der Erbschaft und der einzelnen Erbschaftsgegenstände; die Zuwendungen unter Lebenden werden mit ihrer Hinzurechnung auch geschätzt. Eine reale Schätzung, d. h. eine Bewertung kann aber wohl nur auf den Wert in dem Zeitpunkt abstellen,

115 Art. 527 Z. 3.

116 Vgl. Escher zu Art. 475 N 1.

117 Vgl. Tuor in ZBJV 61 S. 1 ff.

118 Escher zu Art. 527 N 33.

119 Vgl. Schiller S. 80, Rösli S. 96.

in dem sie vorgenommen wird. Wenn das deutsche Recht auf den Wert bei der Ausrichtung der Zuwendung abstellt¹²⁰, so nimmt es eine blossre Hinzurechnung, keine Bewertung vor.

Je nach der Wahl des massgebenden Zeitpunktes zeigen sich grosse Differenzen in den zuzurechnenden Beträgen, da die zugewendeten Gegenstände nach der Ausrichtung gewöhnlich ihren Wert verändern. Das schweizerische Recht ist wirklichkeitsnah; es sollen nicht Gegenstände mit einem andern, meist höhern Wert, als dem gegenwärtigen, in die Erbmasse eingestellt werden. Es muss dem Zuwendungsempfänger die normale Nutzung der Sache zugebilligt werden. Es soll deshalb nicht ein Wert eingesetzt werden, den die Sache nicht hätte, wenn sie noch im Vermögen des Erblassers verblieben wäre, denn auch dort wäre sie genutzt worden. Deshalb hat es seinen guten Grund, wenn die Zuwendungen so behandelt werden, wie wenn sie nie aus dem Vermögen des Erblassers ausgeschieden wären¹²¹. Es wird also der Zustand der Erbschaftsgegenstände angenommen, wie er beim Erbfall besteht¹²². Massgebend ist somit der Todestag des Erblassers.

2. Die Regelung des ZGB muss sich ohne weiteres aus dem für die Vermögensberechnung geltenden Grundsatz ergeben: Um zu erfahren, ob der Erblasser die disponible Quote überschritten hat, braucht es eine Gegenüberstellung von Pflichtteil und disponibler Quote, die als Korrelate zusammen beim Erbfall das Vermögensganze ausmachen. Da die Zuwendungen unter Lebenden als Teil der disponiblen Quote also zum Vermögen gerechnet werden, muss auch für sie der Zeitpunkt des Erbfalls als Wertmesser gelten. Das Gesetz hat aber für die Zuwendungen unter Lebenden noch die spezielle Bestimmung des Art. 537 Abs. 2 aufgestellt: Zuwendungen und Teilungen werden mit ihrem Wert beim Erbfall berücksichtigt¹²³. Das ist geschehen, um den Zeitpunkt der Zuwendung als Wertmesser ausdrücklich auszuschliessen.

3. Die Lösung des Gesetzes bedeutet eine Abkehr vom alten Verfangenschaftsprinzip. Es ist nicht mehr jede Zuwendung unter Lebenden verboten; der Erblasser kann zu seinen Lebzeiten schrankenlos über sein Vermögen verfügen. Die Verfangenschaft wirkt nur insofern, als beim Erbfall die in Art. 527 genannten Zuwendungen auf die disponible Quote angerechnet werden. Es handelt sich hier um eine Art moderner Verfangenschaft¹²⁴: Es ist nicht das Vermögen des Erblassers zu sei-

120 BGB § 2315, vgl. dazu Enneccerus/Kipp S. 472.

121 Tuor zu Art. 475 N 1, Escher zu Art. 537 N 5.

122 Vgl. BGE 50 II 456.

123 Unter dem Ausdruck „Stand zur Zeit des Erbgangs“ wird nicht nur der Wert, sondern auch der Zustand der Erbschaftssachen verstanden. Rossel-Mentha II S. 53 ff. und 126 stellen für den Zustand noch auf den Zeitpunkt der Ausrichtung der Zuwendung ab.

124 Escher zu Art. 475 N 1.

nen Lebzeiten verfangen, sondern es besteht die Verfängenschaft erst am Nachlass¹²⁵. Vor dem Tode des Erblassers bestehen keine erbrechtlichen Ansprüche¹²⁶. Die moderne Verfängenschaft besteht in der Hinzurechnung der lebzeitigen Zuwendungen beim Tode des Erblassers. Auch wirkt sie quantitativ nicht mehr so stark, werden doch nur die in Art. 527 genannten Zuwendungen zugerechnet und eventuell herabgesetzt¹²⁷. Die Zuwendungsempfänger werden also in vermehrtem Masse geschützt, was der modernen Tendenz nach Vergrößerung der Verfügungsfreiheit entspricht. Kommt es zur Herabsetzung der Zuwendungen, erhalten die Pflichtteilsberechtigten ein nachträgliches Erbrecht an den Herabsetzungsbeträgen.

Bei der heutigen Zulässigkeit der Zuwendungen unter Lebenden ist verfangen im ursprünglichen Sinne nur noch dasjenige Vermögen, über das der Erblasser zu seinen Lebzeiten nicht verfügt hat¹²⁸. Tatsächlich, wenn auch nicht prinzipiell, besteht also die ursprüngliche Verfängenschaft gar nicht mehr, denn die Höhe des Nettovermögens hängt vom Erblasser ab. Die Verfängenschaft ist dem modernen Individual-eigentum zum Opfer gefallen. Nach Art. 641 kann der Eigentümer einer Sache heute nach Belieben über diese verfügen¹²⁹. Zu Lebzeiten des Erblassers ist eine Anfechtung der Zuwendungen unter Lebenden aus erbrechtlichen Gründen also unmöglich^{130/131}.

C. Die Hinzurechnung bei Zahlungsunfähigkeit und bei gutem Glauben des Zuwendungsempfängers

Soll bei Zahlungsunfähigkeit des Empfängers die Zuwendung trotzdem zum Vermögen gerechnet werden? Die Kommentare verneinen die Frage¹³². In Anlehnung an die französische Praxis wird die Zuwendung als nie ausgerichtet betrachtet. Diese Ansicht muss abgelehnt werden, weil sie zu einer unbilligen Verkleinerung des Pflichtteils führt.

125 Vgl. Müller S. 15 und 95/96.

126 Tuor zu Art. 537 N 4.

127 Der Erblasser kann allerdings nicht fortgesetzt Schenkungen vornehmen, ohne dass er zum mindesten vermuten muss, dass er die Pflichtteilsberechtigten benachteiligt. Hier setzt somit bald Art. 527 Z. 4 ein. Durch diese Bestimmung erhält auch die moderne Verfängenschaft ein bestimmtes Gewicht.

128 Vgl. Müller S. 16.

129 Max Schucan, Die Erbschaftsklage des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Diss. Zch. 1943, S. 21, ist der Meinung, dass die Rechte der Erben schon vor dem Erbfall entstehen, was für die Zuwendungen unter Lebenden offensichtlich gegen das Gesetz verstösst. Vgl. die Kritik von Müller S. 16.

130 Müller S. 18. Dieser Autor hält bei den Zuwendungen unter Lebenden die Verfügungsfreiheit für die *lex generalis*, ihre Beschränkungen für die *lex specialis* (S. 20). M. E. wird hier die Tendenz nach Vergrößerung der Verfügungsfreiheit fälschlicherweise in das Gesetz hineingelesen.

131 Vgl. Escher Einl. zu Art. 522—533 N 23.

132 Vgl. Escher zu Art. 532 N 5, Tuor zu Art. 532 N 6.

Zunächst stellt zwar Art. 537 Abs. 2 für die Zuwendungen unter Lebenden den Satz auf, dass sie nach dem Stand beim Tode des Erblassers einzusetzen seien, woraus geschlossen wird, es könnten nur solche Zuwendungen zum Vermögen gerechnet werden, die noch in irgend einer Weise restituiert werden können¹³³. Dem muss entgegengehalten werden, dass die Zuwendungen so behandelt werden, wie wenn sie überhaupt nicht erlassen worden wären. Es ist nun aber nicht zu erwarten, dass die Zuwendung, wenn sie nicht ausgerichtet worden wäre, im Vermögen des Erblassers nicht mehr vorhanden wäre¹³⁴. Der Schutz der Pflichtteilsberechtigten muss absolut sein, d. h. der Pflichtteil darf nicht durch eine Tatsache, die allein vom Zuwendungsempfänger abhängt, bestimmt werden. „Herabsetzbarkeit“ ist in einem objektiven, nicht in einem subjektiven Sinn aufzufassen¹³⁵. Es werden nur die in Art. 527 genannten Zuwendungen zum Vermögen gerechnet, diese jedoch unter allen Umständen. Es kommt nicht darauf an, ob eine Rückleistung effektiv möglich ist¹³⁶. Die Grösse des Pflichtteils kann nicht von der Zahlungsfähigkeit des Zuwendungsempfängers beim Erbfall abhängen¹³⁷. Die Nichthinzurechnung käme einer Prämierung der Zahlungsunfähigkeit gleich¹³⁸.

Eine Verschiebung des massgebenden Zeitpunktes ergibt sich auf Grund dieser Lösung keineswegs. Nur gilt jetzt nicht der beim Erbfall wirklich existierende Wert, sondern derjenige, den die Sache bei Zahlungsfähigkeit des Zuwendungsempfängers in diesem Moment hätte¹³⁹. Das ist der gleiche Wert, den die Sache vermutlich hätte, wenn sie beim Erbfall noch im Vermögen des Erblassers wäre¹⁴⁰.

Aehnliche Ueberlegungen sind bei der Frage nach dem hinzuzurechnenden Betrag bei gutem Glauben des Zuwendungsempfängers anzustellen^{141/142}. Für den Gutgläubigen sieht das Gesetz in Art. 528 vor, dass er nur im Umfang der beim Erbfall vorhandenen Bereicherung zur Restitution verpflichtet sein soll. Die ratio dieser Bestimmung ist die, den Zuwendungsempfänger davor zu schützen, unerwarteterweise die Sache zurückgeben und insbesondere für Wertverminderungen eintreten zu müssen¹⁴³.

Die herrschende Lehre ist auch hier der Ansicht, dass nur hinzugerechnet werden soll, was effektiv zur Herabsetzung kommen kann¹⁴⁴,

133 So Escher zu Art. 532 N 5.

134 Vgl. Rösli S. 100.

135 Vgl. Rösli S. 100, Schiller S. 40.

136 Vgl. Müller S. 104.

137 Vgl. Hirtz S. 67.

138 Rösli S. 99.

139 Hirtz S. 67.

140 Natürlich muss von der seinerzeitigen Höhe der Zuwendung ausgegangen werden.

141 Ueber den Begriff des guten Glaubens Meier S. 66.

142 Ueber den Zeitpunkt des guten Glaubens Meier S. 67 ff.

143 Meier S. 41.

144 Tuor Vorb. zu Art. 522—533 N 38, Escher zu Art. 532 N 6.

was m. E. unrichtig ist. Art. 475 verweist nicht auf Art. 528, sondern nur auf Art. 527¹⁴⁵. Wenn nur die Bereicherung zugerechnet werden müsste, könnte der gute Glaube früherer Zuwendungsempfänger eine so grosse Reduktion des Pflichtteils bewirken, dass selbst die jüngsten Schenknehmer ihre Zuwendungen nicht mehr herauszugeben hätten¹⁴⁶.

Für den Zeitpunkt der Bewertung ergibt sich auch hier keine Abweichung von der normalen Lösung. Auch hier ist der Wert massgebend, den die Sache hätte, wenn sie noch beim Erblasser wäre, d. h. wenn sie normal genutzt worden wäre. Es ist also auch hier der objektive Wert beim Erbfall massgebend für die Hinzurechnung¹⁴⁷.

II. Die Hinzurechnung der Versicherungsansprüche

A. Allgemeines

Der Erblasser kann die Rechte der Pflichtteilsberechtigten auch dadurch schmälern, dass er den Versicherungsanspruch eines Dritten unentgeltlich begründet. Um dies zu verhindern, stellt das Gesetz auch solche Zuwendungen in den Nachlass ein¹⁴⁸. Auch sie werden herabgesetzt, wenn die disponible Quote überschritten ist¹⁴⁹.

Verschiedene Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit es zur Hinzurechnung kommt:

1. Die Versicherung muss auf den Todesfall abgeschlossen sein. Bei der heute allgemein gebräuchlichen gemischten Versicherung fällt also nur derjenige Teil der Versicherungssumme in Betracht, der beim Todesfall fällig ist¹⁵⁰. Hingegen kommt auch die temporäre Todesfallversicherung in Frage¹⁵¹.
2. Die Versicherung muss auf den Tod des Erblassers fällig sein.
3. Der Versicherungsanspruch darf nicht den Erben, sondern muss Dritten zustehen.

B. Rückkaufswert und massgebender Zeitpunkt für seine Berechnung

Nicht die ganze Versicherungssumme, sondern bloss der Rückkaufswert wird zum Vermögen gerechnet¹⁵². Dieser repräsentiert „den Zeitwert

145 Vgl. Vital S. 243.

146 Meier S. 60.

147 Meier S. 65.

148 Art. 476.

149 Art. 529.

150 Die auf den Erlebensfall fällige Versicherungssumme fällt ohne weiteres in das Vermögen des Versicherungsnehmers.

151 A. M. Bruno Walter, Die Bedeutung der Lebensversicherung im Pflichtteilsrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Diss. Bern 1938, S. 24.

152 Art. 476.

der bedingten Forderung des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer aus dem Versicherungsvertrag vor Eintritt der Bedingung für die Bezahlung der Versicherungssumme¹⁵³. Um diesen Wert könnte die Versicherung im Moment des Todes des Erblassers verkauft oder verpfändet werden. Er bemisst sich nach dem Stande des Deckungskapitals, von dem ein Abzug vorgenommen wird¹⁵⁴. Der Rückkaufswert steigt bis zur Höhe der Versicherungssumme im Erlebensfall. Der Begünstigte zieht somit grössern Vorteil aus der Begünstigung, wenn der Tod des Begünstigten bald nach Entstehung des Rückkaufswerts eintritt¹⁵⁵, weil der Rückkaufswert dann noch sehr klein ist. Umgekehrt kommt bei Tod kurz vor der Fälligkeit der Versicherung fast die ganze Versicherungssumme den Pflichtteilsberechtigten zu, wenigstens, wenn es zur Herabsetzung kommt.

Art. 476 setzt ausdrücklich den Todestag als massgebend für die Höhe des Rückkaufswerts fest. Auch hier müsste man auch ohne diese Bestimmung zu dieser Lösung kommen, da für die gesamte Vermögensberechnung der Zeitpunkt des Erbfalls massgebend ist.

3. ABSCHNITT: DIE WIRKUNGEN DES FÜR DIE PFLICHTTEILSBERECHNUNG MASSGEBENDEN ZEITPUNKTES

§ 7 Das Schicksal der Wertveränderungen

I. Wertveränderungen im allgemeinen

1. Wenn in dieser Arbeit von Wertveränderungen die Rede ist, so sind darunter nur die zufällig eintretenden Veränderungen zu verstehen. Nur ihr Schicksal hängt ausschliesslich vom für die Bewertung der Erbschaftsgegenstände massgebenden Zeitpunkt ab. Es wird also nicht zu reden sein von Veränderungen, die mit Zutun des Besitzers eines Erbschaftsgegenstandes eintreten. Es wird z. B. nicht die Minderung des Vermögens des Erblassers durch die Ausrichtung einer Zuwendung geprüft werden, wohl aber das Schicksal der sich bei der Zuwendung selbst einstellenden zufälligen Wertveränderungen¹⁵⁶. Ebenso interessiert uns nicht, wieweit der Ausgleichungspflichtige das Conferendum übernutzt, sondern, wem dessen Wertvermehrungen und Früchte zugute kommen.

153 Roelli/Jaeger zu Art. 90 VVG N 39.

154 Vgl. Roelli/Jaeger zu Art. 91 VVG N 11.

155 Vgl. Escher zu Art. 476 N 13.

156 Vgl. Escher zu Art. 537 N 5.

Wertveränderungen treten ein durch normale Nutzung von Erbschaftsgegenständen oder durch Veränderungen der Marktlage¹⁵⁷. So verändert sich mit der Konjunktur auch der Wert einer Sache. Ebenso bewirkt die Geldentwertung eine Verschiebung des Verhältnisses zwischen Sach- und Geldwert zugunsten des erstern. Summen bleiben sich gleich, Sachzuwendungen jedoch werden, weil in entwerteter Währung gemessen, gegenüber der Zeit der Zuwendung erhöht¹⁵⁸. All diese Wertveränderungen sind Funktionen der Zeit; sie ergeben sich mit dem Zeitablauf, ohne dass direkt auf sie eingewirkt werden könnte.

2. Am deutlichsten zeigen sich Wertveränderungen bei Wertpapieren, die an der Börse kotiert sind. Hier ist es sehr wichtig, das genaue Datum des Todes des Erblassers zu kennen. Auch für die Bewertung der Wertpapiere ist massgebend der Zeitpunkt des Erbfalls. Es muss also auf den momentanen Börsenkurs abgestellt werden. Nun muss aber der Todestag nicht unbedingt mit einem Börsensitzungstag zusammenfallen. Man wird sich deshalb mit einer Durchschnittskotierung der beiden Werte an den dem Todestag am nächsten liegenden Sitzungstagen behelfen müssen¹⁵⁹. Dabei ist die verschiedene Nähe der Stichtage und die Kurs-tendenz zu berücksichtigen.

Eine Schwierigkeit tritt ein, wenn die Wertpapiere während der fraglichen Zeit nicht gehandelt worden sind. Zwei Lösungsmöglichkeiten ergeben sich hier:

1. Man nimmt trotzdem den Durchschnittswert der zwei zeitlich unter Umständen weit auseinanderliegenden Kotierungen.
2. Man schätzt den Wert wie bei Gegenständen, die keinen bestimmten Wert haben¹⁶⁰.

Die zweite Lösung ist vorzuziehen, weil sie gestattet, der Tendenz des Börsenhandels Rechnung zu tragen. Die Wertpapiere werden so behandelt, wie wenn sie nicht kotiert wären, unter gebührender Berücksichtigung allerdings der allgemeinen Lage auf dem Wertpapiermarkt.

Tuor hält dafür, dass bei einer „zufällig am Todestag eingetretenen Wertveränderung die Kurse der unmittelbar vorhergehenden und nachfolgenden Tage mitberücksichtigt werden müssen“¹⁶¹. Dieser Ansicht muss beigespflichtet werden. Es wäre unbillig, zufällig

157 Wertveränderungen zeigen sich erst durch Bewertung. Einen wirklich objektiven Wert einer Sache gibt es nicht, vgl. Merz S. 91/92.

158 Das zeigt sich besonders bei Zuwendungen unter Lebenden, die oft erst nach Jahrzehnten zum Vermögen gerechnet werden müssen.

159 Rossel/Mentha II S. 53 wollen überhaupt immer auf einen Durchschnittswert abstellen.

160 Vgl. Schiller S. 33.

161 Tuor zu Art. 474 N 23.

extreme Bewertungen für die Berechnung der disponiblen Quote als massgebend zu erklären.

Im allgemeinen wird eine genaue Bestimmung des Wertpapierwerts nur dort wichtig sein, wo solche Papiere in einer gewissen Anzahl vorhanden sind. In den meisten Erbschaften finden sich keine Wertpapiere.

Mit dem Erbfall wird die Erbmasse in Pflichtteil und disponible Quote aufgeteilt¹⁶². Diese Aufteilung ist aber gewöhnlich nur rechnerisch. Tatsächlich wird die disponible Quote vom Erblasser selten ausgenützt. An die Pflichtteilsberechtigten als Erben fällt also der Pflichtteil und der nicht beanspruchte Rest des verfügbaren Teils¹⁶³. Zusammen bilden sie den Nachlass im engeren Sinne¹⁶⁴. Bei Wertveränderungen ist zu unterscheiden zwischen denjenigen, die im Pflichtteil, und denjenigen, die in jenem Rest eintreten. Diese Unterscheidung ist aber bloss theoretischer Natur, der Nachlass bildet praktisch ein Ganzes. Im Zeitpunkt der Teilung existiert überhaupt kein Pflichtteil mehr¹⁶⁵.

4. Man unterscheidet Wertveränderungen im Nachlass i. e. S. einerseits, Wertveränderungen bei den durch Verfügung von Todes wegen oder Zuwendung unter Lebenden vermachten Gegenständen andererseits. Nur an Sachen — worunter hier auch Rechte und Forderungen fallen¹⁶⁶ — können Wertveränderungen eintreten, Summen bleiben konstant¹⁶⁷. Wie mit den Wertveränderungen verhält es sich auch mit den Früchten¹⁶⁸.

II. Wertveränderungen im Nachlass

Erst mit dem Tode des Erblassers entsteht die Erbschaft. Wertveränderungen, die vor diesem Zeitpunkt im Vermögen eintreten, haben keine erbrechtliche Bedeutung. Der Eigentümer kann über sein Vermögen zu seinen Lebzeiten unbeschränkt verfügen, allerdings mit dem Risiko der spätern Herabsetzung. Mit dem Tode des Erblassers hört auch seine Verfügungsfähigkeit auf.

Den Pflichtteilsberechtigten fällt der Nachlass (im Gegensatz zu den gültigen Verfügungen) zu. Sie allein treffen Wertveränderungen dieses Vermögenskomplexes. Dabei spielt keine Rolle, ob Wertveränderungen im Pflichtteil oder im vom Erblasser nicht vergabten Rest der disponiblen

162 Vgl. darüber ausführlich hinten III.

163 Vgl. vorne § 3.

164 In diesem Sinne wird der Begriff hinten II aufgefasst.

165 M. E. ist es unmöglich, dass bei der Teilung die Erben etwas aus Pflichtteilsrecht erhalten, wie Escher Vorb. zu Art. 470—480 N 25 annimmt, vgl. darüber hinten § 16 III.

166 Vgl. Escher zu Art. 484 N 10.

167 Vgl. dazu hinten III B 2 und IV.

168 Vgl. hinten § 8.

Quote eintreten¹⁶⁹; der Nachlass bildet praktisch eine Einheit. Im Extremfall erhalten die Pflichtteilsberechtigten nur ihren Vorbehalt zugeschieden und tragen dementsprechend nur die Veränderungen, die an ihm eintreten. Das Schicksal von Wertveränderungen richtet sich also nach demjenigen der Sachen, bei denen sie eintreten.

III. Wertveränderungen bei den durch Verfügung von Todes wegen vermachten Sachen

Mehr Interesse als die Wertveränderungen im Nachlass verdienen diejenigen, die sich bei den durch Verfügung von Todes wegen vermachten Sachen, also in einem Teil der disponiblen Quote, ergeben. Treffen die hier bis zur Ausrichtung eintretenden Wertveränderungen die Beschwerten, die ja die auszurichtenden Vermögenswerte noch in den Händen haben, oder ist die Scheidung von disponibler Quote und Pflichtteil beim Erbfall von so starker Wirkung, dass die Wertveränderungen von den Bedachten getragen werden? Ist m. a. W. die Bestimmung der disponiblen Quote beim Erbfall endgültig und fallen deshalb alle in der Erbmasse eintretenden Wertveränderungen zugunsten und zulasten der Pflichtteilsberechtigten aus?

A. Die allgemein vertretene Lösung

Nach ZGB ist beim Erbfall die disponible Quote zu bestimmen, und zwar ist diese Bestimmung eine endgültige. Kraft unseres germanischrechtlichen Pflichtteilsrechts tragen die Noterben jegliche Veränderung des Wertes sowie des Umfangs der Erbschaft allein. Die disponible Quote kann sich nicht verändern. Allerdings erhalten die Bedachten diese auch dann, wenn die Erbschaft nach dem Erbfall an Wert verliert; es muss ihnen nur unter allen Umständen der beim Erbfall ermittelte Wert überwiesen werden, gleichgültig, welches der Wert der Erbschaft sei¹⁷⁰; der ermittelte Wert der Verfügungen ist aber auch gleichzeitig das Maximum dessen, was ausgerichtet werden kann. Wertveränderungen der Erbschaft, in welchem Teil sie auch eintreten mögen, treffen allein die Pflichtteilsberechtigten, weil diesen grundsätzlich die ganze Erbschaft zugesprochen ist.

B. Die Trennung von disponibler Quote und Pflichtteil beim Erbfall

1. Die unter A vertretene Lösung wird von Theorie und Praxis allgemein bejaht¹⁷¹. Sie ist aber nur beschränkt richtig, nämlich nur dann, wenn Wertveränderungen sich im Nachlass¹⁷² einstellen; nur diese treffen die

¹⁶⁹ Vgl. vorne I und hinten § 16 III.

¹⁷⁰ Ueber einen Spezialfall vgl. BGE 59 II 126.

¹⁷¹ Vgl. Escher zu Art. 474 N 4, Schiller S. 29 ff., Rösli S. 46, 114, Schragenheim S. 51.

¹⁷² Ueber diesen Begriff vorne I.

Pflichtteilsberechtigten, nicht aber diejenigen, die sich nach dem Erbfall bei den durch Verfügung von Todes wegen vermachten Sachen, also in der verfügbaren Quote einstellen¹⁷³. Das wird im folgenden näher auszuführen sein.

Die Berechnung der disponiblen Quote scheint *prima vista* eine endgültige zu sein, weil unser Pflichtteilsrecht vom germanischrechtlichen System ausgeht. Die disponible Quote als Ausnahme im System wird mit dem Erbfall festgelegt. Bei dieser Interpretation des Gesetzes darf man jedoch nicht stehenbleiben. Art. 474 hat zwei Funktionen:

1. Festlegung des germanischrechtlichen Pflichtteilsrechtssystems, d. h. Feststellung der Zulässigkeit der erlassenen Verfügungen.
2. Trennung von disponibler Quote und Pflichtteil.

Auf diese zweite Funktion ist hier vor allem Wert zu legen: Die Pflichtteilsberechnung erfolgt beim Erbfall. Mit der Feststellung der Zulässigkeit der Verfügungen werden disponible Quote und Pflichtteil voneinander getrennt¹⁷⁴. Fortan sollen Vermögensteile, die einmal einer der beiden Grössen — sei es Pflichtteil oder disponibler Quote — zugeschrieben worden sind, nicht mehr auf die andere Seite treten können. Es ist nicht die Festsetzung einer Grösse endgültig, sondern die Scheidung der beiden Grössen. Im Zeitpunkt des Erbfalls werden disponible Quote und Pflichtteil voneinander getrennt, jeder Teil hat fortan sein eigenes Schicksal. Wertveränderungen treffen diejenige Grösse, bei der sie eintreten. Die Pflichtteilsberechtigten, die den Nachlass erhalten, werden somit nur von den Wertveränderungen bei diesem getroffen. Wertveränderungen an den durch Verfügung von Todes wegen vermachten Sachen treffen dagegen allein die Bedachten. Es ist möglich, dass durch Wertveränderungen die disponible Quote später überschritten ist, sei es, dass der Nachlass an Wert verliert¹⁷⁵, sei es, dass der Wert der vermachten Sachen sich vergrössert. In beiden Fällen kommt es nicht zur Neufestsetzung der disponiblen Quote. Nur im Moment der Vermögensberechnung spielt die Höhe der erlassenen Verfügungen eine Rolle, nur in diesem Zeitpunkt darf die disponible Quote eine gewisse Höhe nicht übersteigen. Später spielt das Pflichtteilsrecht nicht mehr¹⁷⁶. Die Scheidung von disponibler Quote und Pflichtteil entscheidet endgültig über das Schicksal der Erbschaftsgegenstände.

Die Scheidung von disponibler Quote und Pflichtteil beim Erbfall ist Pflichtteilsrecht. Dieses geht dem gesetzlichen Erbrecht vor. Mit der Schei-

173 Auch die Erbquoten eingesetzter Erben sind Verfügungen von Todes wegen.

174 D. h., es erfolgt die Teilung der Erbschaft im konkreten Fall in Nachlass i. e. S. und gültige Verfügungen. Vgl. auch vorne § 3.

175 In diesem Fall gewährt auch die herrschende Meinung dem Bedachten die seinerzeit errechnete disponible Quote.

176 Vgl. hinten § 16 III.

derung von disponibler Quote und Pflichtteil, d. h. mit der Pflichtteilsberechnung beim Erbfall, ist implicite auch festgelegt, dass eintretende Wertveränderungen das gleiche Schicksal haben, wie der Gegenstand, bei dem sie eintreten.

2. Es muss sich um Sachen handeln, damit Wertveränderungen überhaupt auftreten können. Nur eine Sache kann ihren Wert verändern, eine Summe bleibt konstant. Damit die Wertveränderungen aber die Bedachten allein treffen, muss es sich um bestimmte Sachen handeln. Es muss ein Sachvermächtnis oder eine Erbeinsetzung mit Teilungsvorschrift vorliegen¹⁷⁷.

Wir unterscheiden drei Arten von Verfügungen von Todes wegen:

1. Die Zuwendung einer Summe, das Summenlegat. Hier kann keine Wertveränderung eintreten. Vermacht ist eine bestimmte Grösse, die erst bei der Ausrichtung des Vermächtnisses ausgeschieden wird. Eine Summe kann sich nicht verändern, ein Franken bleibt ein Franken, wenigstens für nationale Verhältnisse¹⁷⁸.
2. Die Erbeinsetzung. Hier handelt es sich um die Zuwendung eines Bruchteils der Erbschaft, der sich nicht verändern kann. Mit einer Veränderung des Werts des Nachlasses verändert sich natürlich auch der Wert des Bruchteils, dieser selbst aber bleibt konstant. Eine Veränderung des Bruchteils ist nur möglich, wenn eine Erbeinsetzung mit Teilungsvorschrift vorliegt. Dann hat die Erbeinsetzung den Effekt des Sachvermächtnisses.
3. Beim Sachvermächtnis ist dem Bedachten nicht ein nur generell bestimmter Wert, wie etwa eine Geldsumme vermacht, sondern eine individuell bestimmte Sache^{179/180}. Der Erblasser will nicht den Geldwert, sondern eine Sache vermachen, was natürlich nicht hindert, dass diese bei der Berechnung des verfügbaren Teils auch mit einem bestimmten Wert eingesetzt wird.

Für Sachvermächtnisse gibt es noch einen zweiten Grund, warum die Bedachten an Wertveränderungen teilnehmen müssen. Art. 485 stipuliert, dass Wertveränderungen an der vermachten Sache, die bis zum Erbfall eintreten, vom Bedachten zu tragen

177 Vgl. Hirtz S. 42.

178 Eine Summe trägt an sich auch keine Früchte, sei sie ausgeschieden oder nicht. Die Verzugszinsen müssen ausdrücklich festgelegt werden, vgl. hinten § 8.

179 Das gilt teilweise auch beim Verschaffungs- und beim Forderungsvermächtnis, vgl. Hirtz S. 115 und S. 120 ff.

180 Oft ist durch Auslegung festzustellen, ob es sich um ein Sachvermächtnis handelt. Auch Geld kann Gegenstand eines Sachvermächtnisses sein, v. Tuhr, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. A., Zürich 1942/44, I S. 56.

sind. Dieser trägt also das Risiko der Entwertung, wie er umgekehrt auch von Wertsteigerungen profitiert^{181/182}. Das muss auch gelten für nach dem Erbfall eintretende Veränderungen. Es wäre ungerecht, wenn der Bedachte das Risiko der Entwertung der Sache vor dem Erbfall zu tragen hätte, während er von Werterhöhungen nach diesem Zeitpunkt nicht profitieren könnte.

Art. 485 muss nicht herbeigezogen werden, um die Teilnahme der Bedachten an Wertveränderungen der disponiblen Quote zu beweisen. Dafür genügt schon die Tatsache, dass Pflichtteil und disponible Quote mit dem Erbfall voneinander getrennt werden und später völlig unabhängige Schicksale haben. Eine nachträgliche Kürzung des Sachvermögens würde eine Neufestsetzung der disponiblen Quote bedeuten. Das würde aber der klaren Vorschrift des Art. 474 widersprechen, die die Pflichtteilsberechnung beim Erbfall anordnet. Es träte die merkwürdige Konsequenz ein, dass eine Verfügung, die beim Erbfall unantastbar gewesen ist, nachträglich mit der Herabsetzungsklage gekürzt werden könnte, was ja der Gesetzgeber gerade verhindern wollte. Eine solche Regelung käme einer Verschiebung des für die Pflichtteilsberechnung massgebenden Zeitpunktes gleich. Eine Zuwendung ist unantastbar, wenn sie beim Erbfall die disponible Quote nicht überschreitet; es kommt einzig und allein auf diesen Zeitpunkt an.

IV. Wertveränderungen bei den Gegenständen der lebzeitigen Zuwendungen

Bei Wertveränderungen vor dem Erbfall tragen die Bedachten das Risiko¹⁸³, wenn es bei der Hinzurechnung der Zuwendungen sein Bewenden hat. Sie profitieren von Werterhöhungen, zu ihren Lasten gehen Wertverminderungen. Kommt es dagegen zur Herabsetzung, treffen Wertveränderungen die Pflichtteilsberechtigten, allerdings nur soweit, als die disponible Quote überschritten ist. Für den Zuwendungsempfänger spielt es keine Rolle, ob Werterhöhung oder Wertverminderung stattgefunden hat. Aus seiner ungefestigten Stellung als Eigentümer ergibt sich eine Abweichung vom Grundsatz, wonach Wertveränderungen das Schicksal der Sache teilen, bei der sie eintreten. Es kann nämlich vorkommen, dass die Sache mit ihrem Wert zur Zeit des Erbfalls dem Zuwendungsempfänger bleibt, nicht aber ihre Wertvermehrung. Es

181 Vgl. Hirtz S. 111.

182 Es ist hier nicht zu reden von der Pflicht des Beschwerten, die Sache bis zur Ausrichtung ordnungsgemäss zu unterhalten.

183 Vgl. Tuor in SJK Nr. 501 IV 3.

kommt nur darauf an, ob beim Erbfall die disponible Quote überschritten ist; dementsprechend kann das Schicksal der Wertveränderungen ein verschiedenes sein.

Auch hier sind übrigens die schon bei den Verfügungen von Todes wegen gemachten Einschränkungen zu machen: Summenzuwendungen können sich nicht verändern, Wertveränderungen werden auch hier nur aktuell, wenn es sich um Zuwendung von Sachen handelt.

Auch das Schicksal der nach dem Erbfall eintretenden Wertveränderungen hängt davon ab, ob die Zuwendung herabgesetzt worden ist oder nicht. Bleibt es bei der Hinzurechnung, treffen Wertveränderungen den Zuwendungsempfänger, der jetzt unbeschränkter Eigentümer ist; für das Erbrecht sind solche Zuwendungen nicht mehr von Bedeutung. Kommt es dagegen zur Herabsetzung, so hat der Zuwendungsempfänger die Sache wenn möglich in natura zurückzuerstatten¹⁸⁴; eintretende Veränderungen treffen die Pflichtteilsberechtigten¹⁸⁵.

V. Massgebender Zeitpunkt und Geldentwertung

1. Wertveränderungen können nicht nur durch Andersbewertung infolge Aenderung der Marktlage eintreten, sondern auch durch Veränderung des Geldwerts. Diese Veränderungen teilen sich wieder in solche, die Folgen der allgemeinen Geldentwertung sind, und solche, die eine eigentliche Inflation darstellen. Die Veränderungen als Folgen der allgemeinen Geldentwertung sind schon mit den Veränderungen infolge Aenderung der Marktlage behandelt worden¹⁸⁶; hier soll nur noch die Rede sein von plötzlich eintretenden Veränderungen¹⁸⁷.

Da Verfügungen von Todes wegen erst beim Erbfall aktuell werden, kann infolge eingetretener Geldentwertung¹⁸⁸ ein Missverhältnis zwischen der bei der Testamentserrichtung beabsichtigten und der tatsächlich zur Ausrichtung kommenden Verfügung im Verhältnis zum Gesamtnachlass eintreten¹⁸⁹. Der Wille des Erblassers ist nur äusserlich gewahrt. Das zeigt sich allerdings nur beim Summenlegat. Ist eine Summe vermacht, bleibt sie in ihrer Grösse bestehen¹⁹⁰, das Sachvermächtnis hingegen passt sich in der Bewertung der Geldentwertung an. Durch Geldentwertung und

184 Escher zu Art. 528 N 7, vgl. v. Tuhr a. a. O., S. 420.

185 Vgl. Tuor in SJK Nr. 501 IV 3.

186 Vorne I—IV.

187 Auch hier äussert sich die Geldentwertung in einer Veränderung des Verhältnisses von Geldwert zu Sachwert.

188 An sich wäre auch Geldaufwertung denkbar.

189 Bei Zuwendungen unter Lebenden kann sich diese Diskrepanz nicht einstellen, da sie bei ihrer Errichtung ausgerichtet werden.

190 Vgl. vorne III B.

deshalb eingetretene ziffernmässige Vermögenssteigerung kann eine vor langer Zeit errichtete Verfügung lächerlich klein werden¹⁹¹. Es stellt sich deshalb die Frage, ob solche Vermächtnisse aufzuwerten seien.

Grundsätzlich wird bei der Berechnung der disponiblen Quote auf den Zeitpunkt des Erbfalls abgestellt. Die Aufwertung bedeutet also eine Abweichung von diesem Prinzip. Bei der Aufwertung wird auf denjenigen Betrag abgestellt, der nötig ist, um im Zeitpunkt der Ausrichtung des Legats eine Summe ausrichten zu können, die gleich gross ist, wie die seinerzeitige im Verhältnis zur Erbmasse es war. Sie kann allerdings nur zu einem billigen Ausgleich führen, nicht zu einem vollständigen¹⁹². Auch kann die Aufwertung natürlich nur in Frage kommen, wenn das Vermögen sich ziffernmässig erhöht hat, denn es darf nicht nachträglich eine Begünstigung des Bedachten geschaffen werden. Aufwertung ist von vornherein ausgeschlossen, wenn die Geldentwertung nur langsam vor sich geht; sie kommt höchstens bei der Inflation zur Anwendung¹⁹³.

2. Vorerst ist wichtig zu wissen, wann die Geldentwertung eingetreten ist. Ist dies vor dem Erbfall geschehen, muss die Aufwertung von vornherein verneint werden. Hätte nämlich der Erblasser Wert darauf gelegt, ein Vermächtnis in einem bestimmten Verhältnis zum Pflichtteil zu halten, so hätte er sicher vor seinem Tode das Testament noch geändert¹⁹⁴.

Tritt die Inflation nach dem Erbfall ein, muss die Aufwertung grundsätzlich ebenfalls verneint werden, es sei denn, es lasse sich aus dem Testament der Wille des Erblassers herausinterpretieren, sein Vermögen in einem gewissen Verhältnis von disponibler Quote zu Pflichtteil zu teilen oder mit dem Vermächtnis einen bestimmten Zweck zu erreichen. Billigkeitsrücksichten genügen nicht zur Aufwertung. Ob Aufwertung eintreten muss, ist somit Sache der Interpretation. Der Richter muss die Lücken des Testaments ausfüllen. Es kommt nicht auf den Willen an, den der Erblasser bei Abfassung des Testaments allenfalls gehabt haben mag, sondern auf denjenigen, den vernünftige und korrekte Leute aus ihm herauslesen¹⁹⁵. Der Richter darf also nicht zu Interpretationselementen greifen, die ausserhalb der Testamentsurkunde liegen¹⁹⁶.

3. In der Schweiz hat Theorie und Praxis die Aufwertung als eine Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* abgelehnt, und zwar nicht nur bei der Auslegung von Testamenten¹⁹⁷. M. E. muss sie in den Fällen bejaht

¹⁹¹ Das hat sich gezeigt im Fall Henneberg. BGE 49 II 12.

¹⁹² Vgl. Fick, Die Frage der Aufwertung, Basel 1925, S. 93.

¹⁹³ Z. B. die Markkatastrophe in Deutschland nach dem ersten Weltkrieg.

¹⁹⁴ Allerdings kann er die Aufwertung auch als selbstverständlich angesehen haben, Enneccerus/Kipp S. 66.

¹⁹⁵ Es handelt sich hier um die Methode der objektivierten Auslegung, wie sie Otfinger in ZSR 58 S. 178 begründet hat.

¹⁹⁶ BGE 52 II 431.

¹⁹⁷ Vgl. z. B. BGE 49 II 12 und Fick, a. a. O., S. 56 ff.

werden, wo die Geldentwertung nach dem Erbfall eingetreten ist und aus dem Testament ein entsprechender Wille des Erblassers herausinterpretiert werden kann. Ein gewisser Anschluss an das deutsche Recht wäre erwünscht¹⁹⁸.

VI. Kritik des Systems des ZGB

Treten zwischen Erbfall und Ausrichtung von Vermächtnissen grosse Wertveränderungen auf, können sich Situationen ergeben, die dem Willen des Erblassers nicht mehr entsprechen¹⁹⁹, besonders dann, wenn etwa Wertpapiere oder andere, stark wirtschaftlichen Einflüssen ausgesetzte Gegenstände den Grossteil der Erbmasse bilden. Der oft rasch wechselnde Wert kann hier so stark auf das Verhältnis von disponibler Quote zu Pflichtteil einwirken, dass sich eine Lösung ergibt, die der Erblasser nicht nur nicht gewollt hat, sondern die er gerade hat vermeiden wollen.

Trotz diesen offensichtlichen Unbilligkeiten kann der von Schiller vorgeschlagenen Lösung nicht zugestimmt werden, der, *de lege ferenda*, die Wertveränderungen des ganzen Nachlasses sich auch auf die disponible Quote auswirken lassen will²⁰⁰. Zugegeben sei, dass auf diese Weise die genannten Unbilligkeiten behoben werden könnten. Die vorgeschlagene Lösung kommt aber einem Bruch des ganzen Pflichtteilsrechtssystems gleich. Sie würde dagegen verstossen, dass die Scheidung von disponibler Quote und Pflichtteil beim Erbfall stattfinden muss und nicht später. In diesem Zeitpunkt wird für jeden Bestandteil des erblasserischen Vermögens festgelegt, welcher Seite er angehören soll. Auch Wertveränderungen dürfen die Seite nicht wechseln. Wollte man die Bedachten an Wertveränderungen des ganzen Nachlasses partizipieren lassen, müsste man notgedrungen auf den Zeitpunkt der Teilung kommen, weil sich die Veränderungen erst dann manifestieren. Nun sind aber nach Art. 562 Abs. 2 Vermächtnisse fällig, sobald die Erbschaft angenommen ist oder der Beschwerde sie nicht mehr ausschlagen kann. Sie sind also jedenfalls vor der Teilung fällig (wobei allerdings nicht bestritten werden soll, dass die Teilung schon bei der Fälligkeit der Vermächtnisse vorgenommen werden kann). Eine Berücksichtigung der Bedachten ist also gar nicht möglich.

Nach der von Schiller vorgeschlagenen Lösung müsste die Vermögensberechnung bei Eröffnung des Erbgangs ersetzt werden durch eine solche bei der Teilung. Dieser Zeitpunkt hätte dann die Funktion der Pflichtteilsberechnung und den der Verteilung der Erbteile. Diese Regelung ist aber mit dem heutigen Gesetz nicht vereinbar, das unterscheidet zwischen

198 Vgl. die Entscheide bei Enneccerus/Kipp S. 66.

199 Schiller S. 30.

200 Schiller S. 31.

Erbschafts- und Teilungsinventar²⁰¹. Das Erbschaftsinventar muss beim Erbfall errichtet werden, schon aus Sicherheitsgründen. Schiller kommt zu seiner Lösung aus Billigkeitsgründen. Er übersieht, dass auch in der disponiblen Quote Wertveränderungen eintreten können, dass die Bedachten somit auch an Wertveränderungen teilhaben, allerdings nur an denjenigen, die in der disponiblen Quote eintreten. Der Vorschlag Schillers lässt sich nur aus der heute noch herrschenden Lehre erklären.

§ 8 Das Schicksal der Früchte

I. Allgemeines

Eine nutzbare Sache zeitigt Früchte. Diese fallen grundsätzlich dem Eigentümer zu²⁰². Früchte unterscheiden sich von Wertveränderungen dadurch, dass sie aus der Substanz der Sache hervorgehen und nicht erst in der Bewertung von aussen sich manifestieren. Die Wertvermehrung kann nicht weggenommen werden, die Frucht dagegen wird bestimmungsgemäss von ihrem Träger getrennt²⁰³; sie vermehrt den Wert der Sache nicht²⁰⁴. Für unsere Betrachtung spielen natürliche wie zivile Früchte eine Rolle. Nur an Sachen können Früchte eintreten²⁰⁵.

II. Früchte des Nachlasses

Die Erbmasse entsteht mit dem Erbfall. Die vor diesem Zeitpunkt anfallenden Früchte des Vermögens fallen in dieses, ohne erbrechtlich relevant zu sein. Die nach dem Erbfall im Nachlass²⁰⁶ sich einstellenden Früchte müssen an die Noterben fallen, weil diese den Nachlass unter sich teilen. Die Verteilung der Früchte erfolgt proportional zu den Erbteilen.

III. Früchte der durch Verfügung von Todes wegen vermachten Sachen

Es kann hier natürlich nur die Rede sein von den Früchten, die zwischen Erbfall und Ausrichtung anfallen, wobei zu beachten ist, dass die Herabsetzung bereits durchgeführt ist.

Auch für die Früchte ist wichtig der Grundsatz, dass die Erbschaft beim Erbfall in dispoible Quote und Pflichtteil geschieden wird. Wie Wertver-

201 Gemeint sind hier die privatrechtlichen, ohne Mitwirkung von Behörden zustandekommenden Inventare, vgl. Escher zu Art. 474 N 3 und Vorb. zu Art. 470—480 N 25. Beim Sicherungsinventar beim Erbfall wird nur der Bestand, nicht aber der Wert der Erbschaft festgelegt, Beck in SJK Nr. 775 A 3a.

202 Art. 643.

203 Vgl. Leemann, Komm. zum Sachenrecht, 2. A., Bern 1920, Art. 643 N 7.

204 Vgl. aber v. Tuhr, a. a. O., S. 63.

205 Eine zugewendete Summe kann erst indirekt Erträgnisse haben, z. B. nach Hingabe als Darlehen.

206 Ueber diesen Begriff vorne § 7 I.

änderungen folgen auch Früchte der Sache, bei der sie eintreten. Früchte der disponiblen Quote kommen also dieser zu, wie Früchte des Nachlasses den Pflichtteilsberechtigten zukommen^{207/208}. Der Vermächtnisnehmer erwirbt seinen Anspruch mit dem Erbfall, also muss er auch der Früchte seit diesem Zeitpunkt teilhaftig sein^{209/210}. Die Trennung von disponibler Quote und Pflichtteil wirkt so stark, dass die forderungsrechtliche Natur des Anspruchs des Bedachten zurücktreten muss.

Nur bei Sachvermächtnissen können allerdings Früchte anfallen. Summenlegate können keine Früchte zeitigen. Die Verzugszinsen nach Fälligkeit des Vermächtnisses sind keine Früchte des Legats, sie bedürfen deshalb der ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung²¹¹. Der Beschwerte kommt nach diesem Zeitpunkt nach den Regeln von OR Art. 102 ff. in Verzug.

Die herrschende Lehre lehnt diese Ansicht ab. Sie gewährt die Früchte erst von der Fälligkeit des Vermächtnisses an²¹².

IV. Früchte der Gegenstände der Zuwendungen unter Lebenden

Bei den Zuwendungen unter Lebenden interessieren die Früchte vor dem Erbfall. Früchte nach dem Erbfall fallen nicht in Betracht, weil der Zuwendungsempfänger endgültiger Eigentümer geworden ist, wenigstens, wenn es nicht zur Herabsetzung gekommen ist. Vor dem Erbfall ist er zwar auch Eigentümer, er hat aber nur bedingtes Eigentum. Bleibt es bei der Hinzurechnung der Zuwendung, profitiert der Empfänger von den Früchten, um deretwillen sie vielleicht gemacht worden ist. Kommt es zur Herabsetzung, erfahren die Früchte ein verschiedenes Schicksal, je nachdem der Zuwendungsempfänger gutgläubig war oder nicht:

Nach Art. 528 muss der Zuwendungsempfänger, der sich in gutem Glauben befunden hat, nur die beim Erbfall noch vorhandene Bereicherung zurückleisten. Es handelt sich also um eine Bereicherungsklage. Der Zuwendungsempfänger muss jegliche Bereicherung herausgeben, die die Folge der ursprünglichen Vermögenszuwendung ist. Es müssen alle Früchte restituiert werden, um die das Vermögen des Erblassers bei Nichtvornahme der Zuwendung im Moment des Erbfalls noch ver-

207 A. M. Schiller S. 32.

208 Ueber den eingesetzten Erben Schiller S. 31.

209 Auch Rossel/Mentha II S. 71 sprechen ihm die Früchte seit dem Erbfall zu.

210 BGB § 2184 spricht dem Bedachten ausdrücklich die seit dem Erbfall gezogenen Früchte zu.

211 Art. 562 Abs. 2.

212 Vgl. Tuor zu Art. 485 N 17, Escher zu Art. 485 N 6, Krayenbühl S. 218, Schiller S. 31/32.

grössert wäre^{213/214}. Allerdings wird der Beweis der noch vorhandenen Früchte nur schwer zu erbringen sein, weshalb es meist bei der Rückerstattung der Bereicherung aus der Zuwendung selbst bleiben wird²¹⁵.

Die Klage gegen den bösgläubigen Zuwendungsempfänger ist ist nach der herrschenden Ansicht eine Erbschaftsklage²¹⁶. Der Zuwendungsempfänger hat wie der bösgläubige Besitzer für die bezogenen und versäumten Früchte Ersatz zu leisten gemäss Art. 940^{217/218}.

213 Escher zu Art. 528 N 6, Meier S. 49, vgl. Tuor zu Art. 528 N 12.

214 Kommt es zur Herabsetzung bloss eines Teils der Zuwendung, muss auch nur ein entsprechender Teil der noch vorhandenen Früchte restituiert werden, da die Früchte den Wert der Zuwendung ja nicht vermehren können, vorne I.

215 Verwendungen des Zuwendungsempfängers müssen ersetzt werden, notwendige wie nützliche, vgl. Escher zu Art. 528 N 4.

216 Escher zu Art. 528 N 2, Meier S. 61. Tuor zu Art. 528 N 2 ff. hält auch diesen Anspruch für einen Bereicherungsanspruch.

217 Vgl. besonders Max Schucan, Die Erbschaftsklage des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Diss. Zch. 1943, S. 92 ff.

218 Für Verwendungen hat des bösgläubige Besitzer nur eine Forderung, wenn sie auch für den Berechtigten notwendig gewesen wären, Art. 940 Abs. 2.

2. KAPITEL

Der für die Ausgleichung massgebende Zeitpunkt

1. ABSCHNITT: DIE AUSGLEICHUNG

§ 9 Die historischen Ausgleichungssysteme

I. Das Wesen der Ausgleichung

Im allgemeinen stehen dem Erblasser alle Familienglieder gleich nahe, er will keines bevorzugen. Das soll ihn jedoch nicht hindern, zu seinen Lebzeiten einzelnen von ihnen Zuwendungen zukommen zu lassen, etwa zur finanziellen Verselbständigung des Sohnes, als Aussteuer für die Tochter, zur Bezahlung von Studienkosten. Die so geschaffene Ungleichheit kann aber nicht der Sinn dieser Zuwendungen sein, die Gleichberechtigung der Familienglieder darf nicht gestört werden¹. Gleiche Brüder, gleiche Kappen. Es geziemt sich, dass solche Vorempfänger den betreffenden Erben auf ihren Erbteil angerechnet werden. Damit wird der Friede zwischen den aufeinanderfolgenden Generationen und zwischen den Erben gewahrt². Diese Anrechnung auf den Erbteil heisst Ausgleichung; durch sie wird ein an sich der Erbschaft fremdes Objekt gleich behandelt wie diese³. Die zu konferierenden Gegenstände werden zu Erbschaftsgegenständen zum Zwecke der Verteilung unter gewissen Miterben⁴.

Auch im Ausgleichungsrecht sind germanisches und römisches Recht einander gegenüberzustellen.

II. Die Kollation des römischen Rechts

Das Institut der Kollation ist prätorischen Ursprungs⁵. Die klassischen Kollationen sind diejenigen des Emanzipierten und der Haustochter. Der

1 Vgl. Tuor in ZBJV 61 S. 8.

2 Erläuterungen S. 320.

3 Vgl. Leist S. 202.

4 Leist S. 203.

5 Koeppen I S. 247 Anm. 1, vgl. Jörs/Kunkel S. 342.

Emanzipierte hat, wenn er zur Erbschaft gelangen will, sein eigenes Vermögen mit dem Stand beim Tode des Erblassers⁶ einzuwerfen⁷, die verheiratete Tochter ihre dos.

Unter Kaiser Leo können die Nachkommen die Kollation sogar fordern, soweit es sich um vom Erblasser vorempfanges Gut handelt⁸. Das ist die sog. Deszendentenkollation. Bei gewissen Zuwendungen⁹ an Deszendenten wird angenommen, der Erblasser habe sie auf Anrechnung auf den Erbteil tätigen wollen, sie seien deshalb zur Ausgleichung zu bringen¹⁰.

III. Die Ausgleichung im germanischen Recht

Auch das germanische Recht kennt die Anrechnung der Vorempfänge. Bei Verheiratung der Kinder machen die Eltern ihnen oft Zuwendungen, die aber das Erbrecht der Empfänger trotzdem weiterbestehen lassen¹¹. Diese müssen aber, um ihr Erbrecht geltend machen zu können, den Vorempfang in die Erbschaft einwerfen¹². Die abgesonderten Kinder nehmen dann nicht an der Erbschaft teil, wenn sie durch Gelöbnisvertrag auf ihr Erbrecht verzichtet haben¹³. Ausgleichungspflichtig sind jene Zuwendungen, die die Kinder bei ihrer Absonderung erhalten haben, als Aussteuer oder zur beruflichen Verselbständigung¹⁴.

IV. Der Unterschied zwischen römischem und germanischem Recht

Der wichtigste Unterschied zwischen römischem und germanischem Ausgleichungsrecht ist der, dass verschiedene Zeitpunkte als massgebend für den Wert der Conferenda gelten.

Im römischen Recht gilt der Satz: *Hereditas viventis non datur*¹⁵. Die Erbberufung tritt erst im Moment ein, wo der Erblasser stirbt¹⁶. Eine Zuwendung unter Lebenden wird nicht aus Erbrecht gegeben; sie wird erst beim Tode des Zuwendungsgebers relevant, wenn sie in den Nachlass eingeworfen wird, während sie vorher gewöhnlicher Bestandteil des Vermögens des Zuwendungsempfängers bildet. Sie ist ju-

6 Leist S. 211.

7 Denn der Nichtemanzipierte hat sich kein solches Vermögen erwerben können, vgl. Leist S. 206.

8 Jörs/Kunkel S. 343.

9 Darüber Jörs/Kunkel S. 343.

10 Jörs/Kunkel S. 343/44.

11 Vgl. Hagemann S. 204.

12 So schon Sachsenspiegel I Art. 13 § 1.

13 Sachsenspiegel I Art. 13 § 2; vgl. Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts, Leipzig 1885, S. 570.

14 Nach Sachsenspiegel I Art. 10 kann das nicht abgesonderte Kind gewisse Zuwendungen erhalten, die es nicht zu konferieren hat, vgl. Heusler, a. a. O., S. 570.

15 Vgl. Koeppen I S. 74.

16 Koeppen I S. 74.

ristisch wie faktisch völlig vom Vermögen des Zuwendungsgebers getrennt¹⁷. Es wird das aus dem Vermögen des lebenden Aszendenten Lukrierte bei dessen Tode „in seinem, jetzt den Deszendenten bereichernden Wert, nicht als innerlich zugehörig, sondern von aussen hinzugefügt, mit der Erbschaft kommisziert“^{18/19}. Daraus ergibt sich, dass der Wert massgebend sein muss, den das Conferendum in dem Moment hat, in dem es erbrechtlich relevant wird. Es muss also der Zeitpunkt des Erbfalls massgebend sein.

Nach germanischer Auffassung geben die Eltern bei der Abschlachtung eines Kindes diesem seinen Erbteil oder wenigstens einen Teil desselben heraus. Die Zuwendung wird nur faktisch vom Vermögen des Zuwendungsgebers geschieden; die Zuwendung „gilt als ausgehändigter Erbteil oder als auf den Erbteil gemachte Abschlagszahlung“²⁰. Juristisch behält der Erblasser das, was er seinem Kind als Ausstattung zuweist. Es ist deshalb natürlich, dass das Conferendum mit dem Wert im Zeitpunkt der Hingabe zum Vermögen gerechnet wird, von dem es als Bestandteil des Erbteils nicht als getrennt erscheint²¹. Diese antizipierte Erbfolge des deutschen Rechts will besagen, dass vor dem Erbfall Erbsachen zwar geschaffen werden, dass diese aber erst mit dem Tode des Erblassers juristisch in das Vermögen des Kindes übergehen²².

§ 10 Die Ausgleichung im ZGB

Das ZGB hat sich nicht strikte einem der beiden Systeme angeschlossen, es weist römischrechtliche wie germanischrechtliche Züge auf. Römischrechtlich ist vor allem die Wiederaufnahme der Realkollation und die Berechnung der Zuwendungswerte nach dem Stande beim Erbfall, germanischrechtliche Momente sind zu erkennen in der Behandlung der Ausgleichungspflicht und bei der Festsetzung der Ausgleichungsobjekte²³. Zweck der Ausgleichung ist, die Miterben so zu stellen, wie wenn die Vermögenszuwendungen nicht stattgefunden hätten²⁴.

Nach ZGB kann der Erblasser Zuwendungen an seine gesetzlichen Erben wie auch an Dritte erlassen. Bei letzteren muss ohne weiteres angenommen werden, dass der Erblasser sie begünstigen will, dass er also eine Ungleich-

17 Wolfer S. 15.

18 Leist S. 345.

19 Es handelt sich hier um die Deszendentenkollation.

20 Leist S. 307.

21 Leist S. 343. Das germanische Recht berücksichtigt die natürliche Abnützung einer Sache also nicht.

22 Ueber die antizipierte Erbfolge neuerdings Hagemann S. 199 ff.

23 Wolfer S. 20.

24 ZBJV 72 S. 292, SJZ 31 S. 253.

heit schaffen will, ansonst er die Zuwendung wohl nicht vornehmen würde. Zuwendungen an Dritte unterliegen denn auch in keinem Fall der Ausgleichung; diese spielt nur unter gesetzlichen Erben.

Bei den gesetzlichen Erben muss unterschieden werden zwischen Nachkommen und übrigen gesetzlichen Erben. Bei den Nachkommen wird vermutet, dass der Erblasser sie alle gleich behandeln will, dass also alle Zuwendungen, die sie von ihm zu seinen Lebzeiten erhalten haben, als Vorempfänge mit Anrechnung auf den Erbteil zu werten sind²⁵. Die Zuwendungen werden aber nicht aus Erbrecht gegeben, wie im germanischen Recht, sondern sie sind reine Zuwendungen unter Lebenden, wie im römischen Recht. Lässt der Erblasser Nichtnachkommen etwas zukommen, so wird vermutet, dass eine Begünstigung vorliege²⁶. Auch diese Annahme kann aber umgestossen werden. Es ist der Wille des Erblassers, der über die Ausgleichungspflicht entscheidet. Das folgt aus Art. 626.

Die Ausgleichung hat zwei Funktionen: Sie stellt einerseits die Gleichheit unter den Miterben her, anderseits ist sie ein Teil der Pflichtteilsberechnung, werden die Vorempfänge doch beim Tode des Erblassers zur Erbmasse gerechnet. Das ist allerdings erst eine rechnerische Hinzuziehung. Die Ausgleichung selbst ist ein Teil der Erbteilung, erst bei der Teilung wird sie technisch vorgenommen²⁷: Der Ausgleichungspflichtige kann wählen zwischen Einwerfung in natura (Realausgleichung) und Anrechnung auf den Erbteil (Idealausgleichung)²⁸. Die Höhe der Ausgleichung bestimmt die Höhe der Erbteile²⁹.

Da die Ausgleichung Teil der Erbteilung ist, kann sie vom Berechtigten nur herbeigeführt werden, indem er die Teilung verlangt³⁰. Der Ausgleichungsanspruch ist unverjährbar, weil die Teilung jahrzehntelang nicht vorgenommen zu werden braucht³¹. Nach der Teilung kann er nur noch geltend gemacht werden, wenn die Teilung erfolgreich angefochten worden ist³².

25 Vgl. Müller S. 31.

26 Escher Vorb. zu Art. 626 ff. N 3.

27 Escher Vorb. zu Art. 626 ff. N 9, Rösli S. 107, Wolfer S. 87.

28 Art. 628.

29 Vgl. BGE 45 II 10.

30 Tuor Vorb. zu Art. 626 ff. N 7, Rösli S. 127, Wolfer S. 87.

31 Vgl. Tuor Vorb. zu Art. 626 ff. N 7.

32 Rösli S. 127, Wolfer S. 88.

2. ABSCHNITT: DER FÜR DEN WERT DER AUSGLEICHUNGSOBJEKTE MASSGEBENDE ZEITPUNKT

§ 11 Der Todestag des Erblassers als massgebender Zeitpunkt für den Wert der Ausgleichungsobjekte

I. Die zwei bei der Ausgleichung massgebenden Zeitpunkte

Bei der Ausgleichung fallen Bestimmung des Ausgleichungswertes und effektive Ausführung der Operation auseinander. Der Zeitpunkt des Erbfalls entscheidet darüber, mit welchem Wert die Ausgleichung stattfinden soll, derjenige der Teilung darüber, wann sie tatsächlich durchgeführt wird. Die Ausgleichung ist also insofern Teil der Erbteilung, als sie erst bei der Teilung durchgeführt wird. Die gleiche Ausgleichung dient aber schon der Pflichtteilsberechnung: Je nach der Höhe der Ausgleichung verändert sich die Erbmasse und damit der Pflichtteil. Die Höhe der Ausgleichung hängt wiederum davon ab, welcher Zeitpunkt für den Wert der Vorempfänge massgebend ist.

II. Die gesetzliche Regelung des Ausgleichungswertes

1. Das ZGB stellt für den Wert der Ausgleichung auf den Erbfall ab. Das sagt das Gesetz ausdrücklich in Art. 630. Es ist der Wert massgebend, den die ausgleichungspflichtigen Zuwendungen beim Tode des Erblassers haben³³. Ausgeschlossen ist somit der Wert zur Zeit der Ausrichtung der Zuwendungen. Der Ausgleichungspflichtige muss nur ausgleichen, was er beim Erbfall noch in den Händen hat.

Der Vorempfänger erhält Eigentum an der Zuwendung. Er kann sie also veräussern. Es entspricht der Billigkeit, dass dann nicht der Wert der Sache beim Erbfall eingeworfen werden muss. Das Gesetz stellt für diesen Fall der Veräusserung in Art. 630 Abs. 1 die Bestimmung auf, dass der für die Sache erzielte Erlös auszugleichen sei³⁴. Dieser muss aber mindestens dem objektiven Wert der Sache zur Zeit der Veräusserung entsprechen^{35/36}. Es ist nämlich möglich, dass der Ausgleichungspflichtige die Sache zum offensichtlichen Nachteil seiner Miterben veräussert, wie etwa

33 Das Marginale zu Art. 630 spricht vom Ausgleichungswert. Diese Ausdrucksweise ist irreführend. Das Gesetz spricht nicht von der Art der Berechnung der auszugleichenden Vorempfänge, sondern es will nur den für die Berechnung massgebenden Zeitpunkt bestimmen, Tuor zu Art. 630 N 1.

34 Vgl. die Beispiele von Rossel/Mentha II S. 270 und Wolfer S. 105.

35 Vgl. Rösli S. 126.

36 Auch bei unentgeltlicher Veräusserung ist dieser Wert massgebend, vgl. Tuor zu Art. 630 N 14.

zu einem Schleuderpreis verkauft oder gar verschenkt. Das ist eine schuldhaftige Schädigung der Miterben. Der Zuwendungsempfänger hat den Erlös auszugleichen, „den ein normaler Verkäufer zur fraglichen Zeit objektiv hätte erzielen können“³⁷. Der Vorempfänger ist ersatzpflichtig für die Differenz zwischen erzieltm und erzielbarem Verkaufspreis. Für die vorliegende Arbeit ist wichtig zu wissen, dass es sich in dem beschriebenen Sonderfall um eine Abweichung vom Erbfall als massgebendem Zeitpunkt handelt. Diese erfolgt mit Recht: Es soll der Ausgleichspflichtige, der ja in seiner Verfügungsfreiheit als Eigentümer des Conferendums nicht beschränkt ist, nicht für Wertverminderungen eintreten müssen, die erst beim Erwerber der Sache eintreten.

2. Gemäss Art. 475 werden die Zuwendungen unter Lebenden zur Erbmasse gerechnet, soweit sie herabsetzbar sind. Ausgleichung und Hinzurechnung stehen nebeneinander, eine Operation wird immer ausgeführt³⁸. Die Hinzurechnung der gewöhnlichen Zuwendungen unter Lebenden erfolgt mit dem Wert beim Erbfall, also muss auch für die Ausgleichung dieser Zeitpunkt massgebend sein; für beide Arten von Liberalitäten gilt Art. 537 Abs. 2. Es wäre somit nicht nötig gewesen, den für die Ausgleichung massgebenden Zeitpunkt nochmals zu bestimmen. Das Gesetz hat es trotzdem getan, um einerseits den Zeitpunkt der Ausrichtung der Vorempfänge auszuschliessen, anderseits aber auch darauf hinzuweisen, dass als Wert des Conferendums nicht derjenige im Zeitpunkt der effektiven Vornahme der Ausgleichung gilt.

3. Art. 630 ist dispositiver Natur. Wie das Gesetz es dem Erblasser überlässt zu bestimmen, ob überhaupt Ausgleichung stattfinden soll, so überlässt es ihm auch das Kleinere, den auszugleichenden Wert festzusetzen. In einer solchen Schätzung des Erblassers kann ein teilweiser Erlass der Ausgleichungspflicht liegen. Soll nicht der Wert beim Erbfall angerechnet werden, muss der Erblasser das aber ausdrücklich kundtun, sei es im Zuwendungsgeschäft selbst, sei es in einer Verfügung von Todes wegen³⁹. Natürlich darf der Pflichtteil der Noterben durch eine solche Bestimmung nicht verletzt werden, ansonst als massgebender Wert derjenige beim Erbfall angenommen wird, weil es dann zur Herabsetzungsklage kommt⁴⁰. Eine kleine Ueberschreitung der disponiblen Quote genügt somit, dass die gesetzliche Regelung zur Anwendung kommt.

4. Die Lösung des Gesetzes in Art. 630 entspricht der Billigkeit. Es wäre z. B. ungerecht, wenn die ausgestatteten Kinder den durch bestimmungsgemässen Gebrauch einer Sache sich einstellenden Minderwert zu

37 Escher zu Art. 630 N 10.

38 Vgl. Escher zu Art. 626 N 53; vgl. dazu auch neuerdings G. Kupper, Ausgleichung und Herabsetzung, in SJZ 47 S. 340 ff.

39 Vgl. Escher zu Art. 630 N 3.

40 Vgl. Escher zu Art. 630 N 3, BGE 45 II 14, Müller S. 98.

ersetzen hätten, während die nichtausgestatteten bei Zusammenleben mit den Eltern die Benutzung elterlicher Vermögensgegenstände, wie etwa der Wohnung, hätten, ohne dass ihnen etwas auf ihren Erbteil angerechnet würde⁴¹. Für den Ausgleichungspflichtigen würde es eine zu grosse Belastung bedeuten, ja oft den Zweck der Zuwendung sogar vereiteln, wenn er die Gefahr tragen müsste für unverschuldeten Untergang der Sache seit dem Empfang der Zuwendung^{42/43}. Der Zuwendungsempfänger soll nicht totes, sondern nutzbares Kapital erhalten.

Ein anderer Grund für die Wahl des Zeitpunktes des Erbfalls ist der, dass der Wert einer Zuwendung Jahre später oft nicht mehr genau bestimmt werden kann⁴⁴. Das trifft allerdings meistens nur zu bei Zuwendung einer Sache. Der Erblasser denkt bei ihrer Ausrichtung nicht daran, einen bestimmten Wert auszurichten. Auch für ihn ist die Sache in erster Linie Nutzungsobjekt. Der reale Wert der Sache beim Erbfall kann leicht festgestellt werden.

5. Für die Ausgleichung nach ZGB kann der Zeitpunkt der Ausrichtung des Vorempfangs gar nicht in Frage kommen, weil die Realkollation wiedereingeführt ist⁴⁵. Bei dieser Ausgleichungsart wird der Gegenstand der Zuwendung in natura ins Vermögen eingeworfen⁴⁶. Es muss also der Wert in die Erbmasse fließen, den die Sache frühestens zur Zeit des Erbfalls hat. Der Zeitpunkt der Ausrichtung des Vorempfangs ist von vornherein ausgeschlossen.

Da die Ausgleichung erst bei der Erbteilung durchgeführt wird, gilt Art. 630 nur für die Idealkollation. Für die Realkollation ist schlussendlich massgebend der Wert bei der Teilung. Es findet also eine Verschiebung des massgebenden Zeitpunktes statt⁴⁷.

6. Mit der Festsetzung des Todestages des Erblassers als massgebenden Moment für den Ausgleichungswert hat sich das schweizerische Recht an das römische angelehnt. Es wird im ZGB der Vorempfang ganz als Zu-

41 Vgl. Rösli S. 124, Wolfer S. 106, Escher zu Art. 630 N 2.

42 Vgl. Tuor zu Art. 630 N 2.

43 Nach deutschem Recht muss der Pflichtige den Wert ausgleichen, den er seinerzeit empfangen hat, BGE § 2055, vgl. Schragenheim S. 60, 75. Objekt der Ausgleichung ist also das Empfangene, nicht die noch vorhandene Bereicherung. Der Zuwendungsempfänger trägt Nutzen und Gefahr seit der Ausrichtung der Zuwendung. — Das französische Recht sah früher für Mobilien den Tag der Zuwendung vor, für Immobilien denjenigen des Erbfalls, so noch Escher zu Art. 630 N 1. Im Jahre 1938 griff man zu folgender Lösung: Auch für Immobilien gilt heute der Wert zur Zeit der Zuwendung, c. c. Art. 860. Zulässig ist nur noch die Idealkollation. Vgl. zum französischen Recht Planiol/Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, 2. A., Paris 1946, III Nr. 2917/18.

44 Vgl. Escher zu Art. 630 N 2.

45 Vgl. Escher zu Art. 630 N 1.

46 Ersatzgegenstände können nicht in natura eingeworfen werden, ZBJV 72 S. 292.

47 Vgl. hinten § 13 III.

wendung unter Lebenden betrachtet⁴⁸. Es wird bloss der Anschein erweckt, als bedeute der Vorempfang eine antizipierte Erbfolge⁴⁹. Daran ändert auch der Ausdruck „auf Anrechnung an den Erbteil“ nichts⁵⁰. Dieser Passus will nur besagen, dass der Vorempfang überhaupt erbrechtliche Bedeutung erlangt. Hingegen will er nicht sagen, dass der Vorempfang bei seiner Ausrichtung als Erbteil gerechnet wird: *Hereditas viventi non datur*. Der Vorempfang hat bei seiner Ausrichtung noch keine erbrechtliche Bedeutung, sondern bekommt sie erst mit dem Tode des Erblassers. Infolge der Pflicht zur Einwerfung bildet er einen Bestandteil des Vermögens im Sinne von Art. 474 Abs. 1⁵¹. Er muss also auch mit dem Wert zur Zeit der Vermögensberechnung eingesetzt werden. Ausgleichungsobjekt ist die beim Erbfall vorhandene Bereicherung⁵².

§ 12 Die Sonderfälle von Art. 633 und Art. 631 Abs. 2

I. Die Ansprüche mündiger Hauskinder aus Zuwendungen an ihre Eltern

A. Allgemeines

Es kommt oft vor, besonders in landwirtschaftlichen Verhältnissen, dass mündige Hauskinder im elterlichen Haushalt arbeiten, ohne irgendwelchen Lohn zu beziehen. Um sie gegenüber andern Kindern nicht zu kurz kommen zu lassen, bestimmt das Gesetz in Art. 633, dass ihnen bei der Erbteilung ein billiger Ausgleich, der sog. *Lidlohn*, vorweg zukommen soll. Es handelt sich hier um eine „negative“ Ausgleichung⁵³. Art. 633 ist insofern zwingend, als nur Abmachungen, die dem Berechtigten mehr zukommen lassen, getroffen werden können⁵⁴. Der Anspruch des Kindes ist erbrechtlicher, nicht bloss obligatorischer Natur⁵⁵, er kann also erst mit dem Tode des Erblassers entstehen^{56/57}. Diese erbrechtliche Natur schliesst jedoch nicht aus, dass es sich um eine blosser Forderung handelt: Nicht ohne weiteres fällt dem Berechtigten der Lidlohn zu, sondern der Anspruch muss ausdrücklich geltend gemacht werden. Aus diesem Charakter des

48 Vgl. vorne § 9 IV. Vgl. neuerdings auch O. Müller, Vorempfang und Erbschaftssteuer in ZBJV 87 S. 97 ff. Liberale Zuwendungen sind somit Schenkungen, BGE 55 I 83. Vgl. auch Praxis 8 Nr. 114.

49 Hagemann S. 214. Nur Art. 534 stellt noch einen Fall von antizipierter Erbfolge dar, Hagemann S. 213 ff.

50 Wäre der Vorempfang als antizipierte Erbfolge aufgefasst, so müsste er bei Ausschlagung und Enterbung herausgegeben werden, Hagemann S. 207.

51 Vgl. BGE 45 II 13.

52 Tuor zu Art. 626 N 26 spricht zu Unrecht von antizipierter Erbfolge, vgl. die Kritik bei Hagemann S. 206 ff.

53 Tuor zu Art. 633 N 12.

54 Vgl. Graf S. 70.

55 So Escher zu Art. 633 N 21, BGE 48 II 316, Tuor zu Art. 633 N 10; a. M. Abt S. 68 ff.

56 Vgl. Tuor zu Art. 633 N 10.

57 Wegen seiner erbrechtlichen Natur ist der Anspruch — wenigstens vor der Teilung — unverjährbar, vgl. SJZ 13 S. 298. Vgl. auch Graf S. 77.

Anspruchs als einer **erbrechtlichen Forderung ex lege** folgt, dass er wie Vermächtnisse vor den Gläubigern des Erblassers zurückzutreten hat.

B. Die Bedeutung des Lidlohns für die Pflichtteilsberechnung

1. Mit der Ausgleichung im eigentlichen Sinne hat zwar der Lohnanspruch nach Art. 633 wenig zu tun, es wird ja nicht in die Erbschaft zurückgebracht, sondern im Gegenteil diese reduziert. Aus der Stellung des Artikels im Abschnitt über die Ausgleichung ergibt sich aber, dass die allgemeinen Grundsätze dieses Instituts doch wenn immer möglich anzuwenden sind^{58/59}.

Nach dem Wortlaut von Art. 633 ist der Lidlohn bei der Teilung geltend zu machen. Ist der Anspruch aber auch erst in diesem Moment entstanden? Diese Frage muss verneint werden.

Zunächst soll die heute noch herrschende Meinung, diejenige des Bundesgerichts, kurz dargestellt werden. Das Bundesgericht stellt besonders ab auf den Passus „bei der Teilung“. Weil der Anspruch im allgemeinen erst bei der Teilung geltend gemacht werden kann⁶⁰, wird daraus geschlossen, er entstehe auch erst in diesem Zeitpunkt⁶¹. Der Lidlohn fällt also nach dieser Meinung für die Pflichtteilsberechnung nicht in Betracht. Mit den Worten „bei der Teilung“ will aber das Gesetz bloss den Zeitpunkt der Fälligkeit des Anspruches festlegen, was nicht hindert, dass er schon früher zur Entstehung gelangt sein kann⁶². Dieser frühere Zeitpunkt ist der des Todes des Erblassers⁶³. Wenn bei der gewöhnlichen Ausgleichung auf den Wert beim Erbfall abgestellt wird, so muss das auch bei den Ansprüchen der Hauskinder der Fall sein⁶⁴; m. a. W. wenn dann, wenn das Hauskind etwas aus dem elterlichen Vermögen erhält, der Zeitpunkt des Erbfalls als massgebend gilt, so ist nicht einzusehen, weshalb ein anderer Zeitpunkt gelten sollte, wenn die Erbmasse auszugleichen hat⁶⁵. Dem spricht nicht entgegen, dass es sich um ein Forderungsrecht handelt. Wie die gewöhnliche Ausgleichung muss auch diese Art Ausgleichung für die Berechnung der Pflichtteile eine Rolle spielen⁶⁶.

58 Escher zu Art. 633 N 1, Tuor zu Art. 633 N 12.

59 Vgl. BGE 48 II 448.

60 Vgl. BGE 75 II 114 und hinten Z. 3.

61 Vgl. BGE 48 II 316, Graf S. 41.

62 Vgl. Tuor zu Art. 633 N 28: Art. 633 will nur besagen, wann der Anspruch mit Erfolg erhoben werden kann. Der Gesetzgeber wollte niemals die Entstehung des Anspruches bei der Teilung festlegen, Borel S. 281.

63 Ursprünglich lautete der Text des Gesetzes in diesem Sinne, Borel S. 281. Die Aenderung ist eine bloss redaktionelle, ansonst der Berichterstatter sicher darauf hingewiesen hätte.

64 Vgl. Borel S. 149, Tuor zu Art. 633 N 29.

65 In diesem Sinne auch Escher zu Art. 633 N 23.

66 Vgl. Escher zu Art. 633 N 23.

2. Eine andere Betrachtungsweise führt zum nämlichen Resultat: Der Lohnanspruch des mündigen Hauskindes ist eine Schuld, die mit dem Tode des Erblassers entstanden ist^{67/68}. Sie ist also eine *Erb-schaft-s-schuld*⁶⁹. Schulden des Erblassers sind aber nach Art. 474 Abs. 2 bei der Berechnung des Nachlasses abzuziehen. Erst nach Abzug der Schulden kann die disponible Quote bestimmt werden. Würde man der Meinung des Bundesgerichts folgen, wäre eine Vermögensberechnung erst bei der Teilung möglich, die oft sehr lange nach dem Tod des Erblassers stattfindet. Die Vermögensberechnung muss aber kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift beim Tode des Erblassers vorgenommen werden, also muss der Lohnanspruch in diesem Moment festgelegt werden. Es lässt sich nicht rechtfertigen, diesen einzigen Posten zur Zeit der Erteilung zu bestimmen, während der Wert aller übrigen Vermögensbestandteile auf den Moment des Todes des Erblassers bezogen wird⁷⁰. Entscheidend ist, ob es sich um eine Schuld handelt. Das wird allgemein bejaht; sie entsteht beim Tode des Erblassers. Dann ist der Anspruch entstanden, dann sind alle Elemente dieses sukzessiven Tatbestandes gegeben⁷¹. Der Entstehung des Anspruchs steht nicht entgegen, dass er noch nicht geltend gemacht werden kann^{72/73}.

3. Die Lösung des Bundesgerichts kann zu Ungerechtigkeiten führen: Da der Anspruch erst bei der Teilung existent wird, entscheidet dieser Zeitpunkt auch über die Höhe des Ausgleichs. Es muss sich die Billigkeit des Anspruchs nach den Verhältnissen bei der Teilung richten, was offensichtlich nicht der Sinn des Gesetzes sein kann. Dieses visiert hauptsächlich die Verhältnisse bei Eröffnung des Erbgangs an⁷⁴. Nach der bundesgerichtlichen Ansicht hat es der Berechtigte aber auch in der Hand, auf die Höhe des Anspruchs einzuwirken. Wenn er eine Verschlechterung seiner Ansprüche befürchtet, hat er ein Interesse daran, die Teilung möglichst rasch durchzuführen; er muss die Teilung begehren, obwohl deren Hinausschiebung den bauerlichen Verhältnissen eher angepasst wäre⁷⁵.

67 Vgl. Abt S. 76.

68 Für die Arbeit nach dem Erbfall gilt das Vertragsverhältnis zwischen Erbengemeinschaft und Hauskind, BIZR 36 S. 9.

69 Tuor Anhang zu Art. 633 N 29.

70 Abt. S. 78.

71 Vgl. Tuor zu Art. 633 N 27.

72 Folgendes Beispiel soll den Einfluss des Zeitpunktes der Entstehung des Anspruchs beleuchten: Vermögen 20 000, Erben die Söhne A und B. B hat eine Ausgleichsforderung für geleistete Dienste von 6 000. Nach der Ansicht des Bundesgerichts nun wird die disponible Quote von 20 000 berechnet, nach der hier vertretenen dagegen nur von 14 000 (wobei aber nicht gesagt werden kann, der Ausgleichsbetrag erhöhe den Pflichtteil des Berechtigten, Tuor zu Art. 633 N 11.)

73 Auch im französischen Recht hat der Anspruch des Hauskindes Einfluss auf die Pflichtteilsberechnung, Planol/Ripert, a. a. O., III Nr. 3106.

74 Der Zeitpunkt der Teilung ist aber ebenfalls zu berücksichtigen, Tuor zu Art. 633 N 29, Abt S. 101.

75 Vgl. Graf S. 41/42.

Auch das Bundesgericht hat diese Gefahren erkannt⁷⁶. Es ist aber trotzdem nicht vom Zeitpunkt der Teilung als massgebendem Moment für die Entstehung des Ausgleichungsanspruches abgewichen, sondern hat nur in gewissen Fällen die Anhebung der Feststellungsklage vor der Teilung als zulässig erklärt, was im grundlegenden Entscheid BGE 48 II 316 noch bestimmt verneint wurde⁷⁷.

So lässt das Bundesgericht in Entscheid BGE 57 II 148 die Festsetzung des Ausgleichungsanspruches auf den Todestag dann zu, wenn auf Feststellung der Erb- und Pflichtteile geklagt wird. Wenn aber der Ausgleichungsanspruch vor der Teilung festgesetzt wird, so muss für seine Bewertung auch ein Zeitpunkt zumindest vor der Teilung massgebend sein.

Auch in seinem Entscheid Praxis 16 Nr. 8 ist das Bundesgericht durch die Zulassung der Feststellungsklage vor der Teilung vom Moment der Teilung als massgebendem Zeitpunkt für die Bewertung des Ausgleichungsanspruches abgewichen. Es wird hier ausgeführt, dass Hauskinder, die die nach Art. 633 ihnen gebührende Ausgleichung mangels Erbschaftsaktiven nicht erhalten können, schon vor der Teilung gegen Miterben, die zu Lebzeiten des Erblassers Zuweisungen erhalten haben, mit der Ausgleichungsklage vorgehen können, wenn deren Beurteilung auf Grund des Prozessstoffes möglich sei⁷⁸.

In einem andern Spezialfall wird vom Zeitpunkt der Teilung abgewichen, weil der Ausgleichungsanspruch gemäss Art. 633 im Verhältnis zur ganzen Erbschaft so klein sei, dass es für seine Berechnung keinen wesentlichen Unterschied mache, dass noch ein anderer Ausgleichungsanspruch streitig sei⁷⁹.

Durch die Zulassung der Ausgleichungsklage vor der Teilung weicht das Bundesgericht vom Zeitpunkt der Teilung als massgebendem Moment für den Wert der Ausgleichung ab. Es ist aber nicht einzusehen, warum vom Zeitpunkt der Teilung abgewichen werden soll, wenn dieser nach der Meinung des Bundesgerichts doch ausdrücklich im Gesetz festgelegt ist. Die Fälle, in denen das Bundesgericht bisher vom Zeitpunkt der Erbteilung abgewichen ist, sind Spezialfälle. Das Bundesgericht weicht nur infolge der Zulassung der Feststellungsklage vor der Teilung vom Moment der Teilung als massgebendem Zeitpunkt für den Wert des Ausgleichungsbetrages ab. Grundsätzlich steht das Bundesgericht noch immer auf dem Standpunkt, der Ausgleichungsanspruch entstehe erst mit der Teilung, falle also nicht in Betracht bei der Pflichtteilsberechnung.

76 BGE 48 II 316, vgl. auch Abt. S. 79.

77 Auch heute lässt das Bundesgericht die Feststellungsklage vor der Teilung generell nicht zu, vgl. BGE 75 II 114.

78 Vgl. auch Escher zu Art. 633 N 27.

79 BGE 58 II 111.

II. Der Vorausbezug unerzogener und gebrechlicher Kinder

Nach Art. 631 Abs. 2 erhalten unerzogene und gebrechliche Kinder bei der Teilung einen billigen Vorausbezug. Auch hier handelt es sich um eine negative Ausgleichung, und es stellt sich auch hier die Frage, wann der Anspruch zur Entstehung gelangt. Im wesentlichen kann auf die Ausführungen unter I. verwiesen werden. Auch hier handelt es sich um eine Erbschaftsschuld, die bei der Pflichtteilsberechnung abgezogen werden muss. Dies ergibt sich auch aus dem Sinn der gesetzlichen Regelung: Der Vorausbezug dient — wenigstens im einen Fall — der Erziehung der noch unerzogenen Kinder, deretwegen die Teilung oft verschoben wird. Die zur Erziehung notwendigen Mittel werden also vor der Teilung gebraucht; sie müssen deshalb beim Erbfall nicht nur bestimmt werden, sondern es muss in diesem Moment auch schon das Recht auf Geltendmachung des Anspruchs entstehen^{80/81}.

3. ABSCHNITT: DIE WIRKUNGEN DES FÜR DEN WERT DER AUSGLEICHUNGSOBJEKTE MASSGEBENDEN ZEITPUNKTES

§ 13 Das Schicksal der Wertveränderungen

I. Allgemeines

Art. 630 stellt auf den Wert der Conferenda beim Todestag des Erblassers ab. Wertveränderungen vor und nach dem Erbfall müssen also ein verschiedenes Schicksal haben. Auch hier ist zu unterscheiden zwischen Veränderungen, die sich aus dem Zeitlauf ergeben, und solchen, die nur mit Einwirkung des Vorempfängers zustandegekommen sind. Nur erstere fallen für die vorliegende Arbeit in Betracht.

Wertveränderungen sind nur möglich an zugewendeten Sachen^{82/83}. Art. 630 trifft also nur auf die Sachzuwendung zu, für die empfangene Summe gilt der Wert bei der Ausrichtung, weil er sich nicht verändern kann, auch beim Erbfall.

80 Borel S. 167.

81 Diese Lösung ergibt sich übrigens auch aus der Vorgeschichte des Art. 631 vgl. Borel S. 282.

82 Vgl. vorne § 7.

83 Auch Früchte fallen nur bei Sachen an, vgl. vorne § 6; vgl. auch hinten § 14.

II. Wertveränderungen vor dem Erbfall

Vorempfänge werden erst beim Erbfall wieder als Teil des erblasserischen Vermögens betrachtet. Der Wert zur Zeit der Ausrichtung ist erbrechtlich nicht von Bedeutung. Was die Zuwendung an Wert bis zum Erbfall gewinnt oder verliert, fällt zugunsten und zulasten aller Miterben aus⁸⁴. Ist die Sache also vor dem Erbfall zufällig untergegangen, muss nichts ausgeglichen werden⁸⁵. Der Ausgleichungspflichtige haftet nicht für zufällige Beschädigung oder Untergang der Sache⁸⁶, sondern es profitieren alle Miterben von Wertvermehrungen, wie auch Wertvermindierungen von allen getragen werden^{87/88}. Hat der Vorempfänger die Summe verbraucht, die ihm zugewendet worden ist, so bedeutet das nicht Untergang, sondern bloss Verschmelzung mit dem eigenen Vermögen, hätte er doch sonst dieses anzehren müssen. Nur in Ausnahmefällen kann eine zugewendete Summe untergehen⁸⁹. Ist das Conferendum beim Erbfall — sei es durch Wertvermehrung oder schon ursprünglich — grösser als der Erbteil des Pflichtigen, muss dieser den Ueberschuss nur dann nicht ausgleichen, wenn der Erblasser ihn nachweisbar begünstigen wollte⁹⁰. Ist dies nicht der Fall, wird er die Erbschaft ausschlagen und so mit dem Vorempfang nur der Herabsetzung unterliegen.

III. Wertveränderungen nach dem Erbfall

Mit Eintritt des Erbfalls stellt sich der Vorempfang als Vorschuss vor der endgültigen Teilung dar⁹¹. Die Erbschaft hat gegen den Ausgleichungspflichtigen eine Forderung im Betrage der Zuwendung zur Zeit des Erbfalls, die wie eine andere Forderung zu einem normalen Zinsfuss zu verzinsen ist. Als Eigentümer hat der Ausgleichungspflichtige allein teil an den eintretenden Wertveränderungen. Das ist jedoch nur die allgemeine Regel, die aus Art. 630 abgeleitet werden muss. Nur bei Ausgleichung einer zugewendeten Summe trifft sie immer zu. Ob der Vorempfänger Ideal- oder Realausgleichung wählt, spielt hier keine

84 Beruht eine Wertvermehrung auf Verwendungen des Zuwendungsempfängers, hat dieser eine Gegenforderung gegen die Erbschaft, Rossel/Mentha II S. 269.

85 Vgl. Escher zu Art. 630 N 9, Aguet S. 129.

86 Vgl. Rossel/Mentha II S. 269. Allerdings trägt der Ausgleichungspflichtige die Beweislast.

87 Escher zu Art. 630 N 5, Tuor zu Art. 630 N 4; vgl. Rösli S. 124, Aguet S. 126.

88 Bei der gemischten Schenkung bleibt die Höhe der Zuwendung unverändert, denn der Erblasser will nicht eine Quote des verkauften Gegenstandes, sondern einen Teil des Kaufpreises schenken. Wertveränderungen treffen allein den Ausgleichungspflichtigen, BGE 55 II 163, Praxis 18 Nr. 89. A. M. Tuor zu Art. 630 N 3.

89 Das Problem der Aufwertung stellt sich hier gar nicht, da die Ungleichheit zwischen den Miterben ja gerade durch die Ausgleichung behoben wird.

90 Art. 629.

91 Borel S. 218.

Rolle, da die Summe sich ja nicht verändern kann⁹². Es kommt in beiden Fällen die Summe in der Höhe der seinerzeitigen Zuwendung zum Ausgleich⁹³.

Hat der Ausgleichungspflichtige hingegen eine Sache erhalten, ist die Lösung eine verschiedene, je nach der gewählten Kollationsart: Bei Wahl der Idealausgleichung wird auch hier immer der Wert zur Zeit des Erbfalls ausgeglichen, Wertveränderungen treffen also den Vorempfänger. Bei der Realausgleichung dagegen wird die Sache selbst eingeworfen^{94/95}. Es ist also der Zeitpunkt der Durchführung der Ausgleichung, der der Teilung, massgebend. Es wird also vom Erbfall abgewichen. Wenn das Gesetz aber schon die Möglichkeit der Realkollation geschaffen hat, so muss die Sache allein zur Ausgleichung auch genügen. Der Zuwendungsempfänger soll nicht bei Wertverminderungen noch über die Zuwendung hinaus sich anrechnen lassen müssen. Wertveränderungen der Sache treffen also die Ausgleichungsberechtigten insgesamt⁹⁶. Das gilt für Wertvermehrungen wie für Wertverminderungen. Mit Realausgleichung wird die Wiedervereinigung des seinerzeit aus dem Vermögen ausgeschiedenen Gegenstandes mit der Erbschaft bezweckt⁹⁷. Es wird in erster Linie die Sache als solche, nicht deren Wert eingeworfen⁹⁸. Was die Sache mehr wert ist, muss somit allen Miterben zugutekommen. Will der Vorempfänger einen Wertzuwachs behalten, kann er ja die Anrechnung auf den Erbteil wählen⁹⁹. Wählt er aber die Ausgleichung in natura, so muss er die Sache als solche leisten, ohne dass er eine Gegenforderung hätte.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass Art. 630 für die Idealausgleichung absolute Bedeutung hat. Immer wird derjenige Wert zum Vermögen gerechnet, den die Zuwendung beim Erbfall hat. Zum gleichen Resultat kommen wir auch bei Wahl der Realausgleichung für den Fall, dass der Vorempfang in einer Summe besteht. Besteht er dagegen in einer Sache, ist der Wert bei der effektiven Durchführung der Ausgleichung, d. h. bei der Teilung massgebend. Bei der Möglichkeit der Einwerfung in natura müsste das auch dann gelten, wenn die Bestimmung des Art. 630 zwingend wäre, was sie ja nicht ist¹⁰⁰.

92 Der Vorempfänger wird eine Summe dann (in natura) einwerfen, wenn er auf Gegenstände der Erbschaft reflektiert, Tuor zu Art. 628 N 18.

93 Vgl. vorne I.

94 Vgl. vorne § 11 II 5.

95 Geht die Sache nach dem Erbfall zufällig unter, muss nichts ausgeglichen werden, vgl. Aguet S. 129. In solchen Fällen spielt die Sache nur eine Rolle bei der Pflichtteilsberechnung. Vgl. aber die folgende Anmerkung!

96 Beck in SJK Nr. 787 Z. 6 hält dafür, dass der Ausgleichungspflichtige für Wertverminderungen und zufälligen Untergang der Sache einstehen muss.

97 Escher zu Art. 628 N 9.

98 Ersatzgegenstände können nicht eingeworfen werden, da Art. 630 nicht das Surrogationsprinzip aufstellt, Escher zu Art. 630 N 9. Ein Vorempfang in Geld muss natürlich nicht mit den gleichen Banknoten ausgeglichen werden.

99 Diese Wahl muss er erst bei der Teilung treffen.

100 Vgl. vorne § 11 II 3.

§ 14 Das Schicksal der Früchte

I. Früchte vor dem Erbfall

Zu den Früchten steht der Vorempfänger in der Stellung des gutgläubigen Besitzers¹⁰¹. Es kommen also die Art. 938 ff. zur Anwendung, jedoch mit Abänderungen, die sich aus der verschiedenen Stellung von Eigenbesitzer und Ausgleichungspflichtigem ergeben:

Der gutgläubige Besitzer hat unbeschränkte Nutzung an der Sache, weil er sich für den Eigentümer hält¹⁰². Der Vorempfänger dagegen muss sich der Ausgleichungspflicht bewusst sein, er darf deshalb Früchte nur im Rahmen der normalen Nutzung ziehen¹⁰³. Diese jedoch kommen ihm allein zu, denn die Zuwendung ist ja um der Nutzung willen gemacht worden¹⁰⁴. Was hätte er sonst von der Zuwendung, wenn er nicht wenigstens die Früchte für sich behalten könnte. Die Ausgleichung geht nur auf die Substanz der Zuwendung, nicht auf ihre Erträge. Die Ausgleichungsberechtigten können aber ein Interesse an den auszugleichenden Sachen haben, weshalb es mit der normalen Fruchtziehung streng zu nehmen ist.

Die Früchte werden mit den Verwendungen verrechnet¹⁰⁵. Der Vorempfänger profitiert zu Lebzeiten des Erblassers also eigentlich nur das, um was der Wert der Früchte denjenigen der Verwendungen übersteigt¹⁰⁶.

II. Früchte nach dem Erbfall

Mit Eintritt des Erbfalls stellt sich der Vorempfang als Vorschuss vor der endgültigen Teilung dar¹⁰⁷. Die Erbschaft hat gegen die Ausgleichungspflichtigen eine Forderung im Betrage der Zuwendung zur Zeit des Erbfalls, die wie eine gewöhnliche Forderung zu verzinsen ist^{108/109}. Die Zuwendung selbst aber ist jetzt im definitiven Eigentum des Vorempfängers. Als Eigentümer kann dieser die Sache nach seinem Belieben nutzen. Dies trifft allerdings nur dann vollständig zu, wenn er Idealausgleichung wählt. Hat der Vorempfänger die Sache übernutzt oder gar schuldhaft untergehen lassen, kann er bei der Teilung nur noch Idealausgleichung wählen.

101 Art. 630 Abs. 2.

102 Art. 938.

103 Escher zu Art. 630 N 15, a. M. Beck in SJK Nr. 787 Z. 7.

104 Vgl. Escher zu Art. 626 N 43, Wolfer S. 109.

105 Art. 939 Abs. 3.

106 Rösli S. 126, Aguet S. 127.

107 Vorne § 13 III.

108 Vgl. BGE 54 II 99.

109 Auch bei der Anrechnung von Forderungen des Erblassers gegen einen Erben besteht die Zinspflicht bis zur Teilung, BGE 53 II 207.

Früchte kommen dem Vorempfänger als Eigentümer zu.¹¹⁰ Rossel/Mentha¹¹¹ und Aguet¹¹² nehmen an, die Früchte nach dem Erbfall kämen den Ausgleichsberechtigten zu. Das rührt daher, weil diese Autoren die Conferenda mit dem Erbfall ins Eigentum der Erbengemeinschaft übergehen lassen, was die heute herrschende Meinung ablehnt.

¹¹⁰ Art. 643, vgl. Escher zu Art. 626 N 43.

¹¹¹ Rossel/Mentha II S. 270.

¹¹² Aguet S. 131.

3. KAPITEL

Der für die Teilung massgebende Zeitpunkt

1. ABSCHNITT: DIE ERBTEILUNG

§ 15 Die Teilung als Abschluss des Erbgangs

I. Das Wesen der Teilung

Die Erbengemeinschaft, welche die Erbschaft mit dem Erbfall zu Eigentum erhält, ist keine auf Dauer gerichtete Personenverbindung, sondern nur ein Uebergangsstadium; ihre Ueberführung in eine andere Gemeinschaft oder die Durchführung der Teilung ist unvermeidbar. Teilung bedeutet die Ueberführung von Erbschaftsgegenständen aus dem Gesamteigentum in das Individualeigentum. Die hauptsächlichste Funktion der Teilung ist die Verteilung der Erbschaftsgegenstände. Aber nicht nur die Aktiven, sondern auch die Passiven des Erblassers werden geteilt. Diese Teilung erfolgt aber nur im Innenverhältnis; gegenüber den Gläubigern des Erblassers haften die Erben solidarisch für die Schulden des Erblassers¹. Teilung bedeutet somit „die Verteilung der vorhandenen Aktiven und Passiven des Erbschaftsvermögens“ nur im Innenverhältnis der Erben².

Die Teilung kann von jedem Erben jederzeit verlangt werden³. Das Recht, die Teilung zu verlangen, ist unverjährbar; obwohl Erbengemeinschaften jahrzehntelang dauern können, haben die Erben das Recht, die Teilung zu verlangen, nicht verloren⁴. Die Erbengemeinschaft wird auch auf-

1 Art. 639.

2 Vgl. Habicht S. 2.

3 Art. 604; über die Teilungsklage vgl. neuerdings W. Hecht, Die gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungsanspruchs, in ZSR 69 S. 379 ff.

4 Eine Ausschlussung der Teilung widerspricht dem Grundsatz, dass das Schicksal eines Vermögens nicht auf unabsehbare Zeit festgelegt werden darf, Escher zu Art. 604 N 7.

gelöst, wenn nur noch ein Erbe sie bilden würde⁵, oder wenn sie in eine andere Gemeinschaftsart übergeführt wird.

II. Die Formen der Teilung

Das ZGB unterscheidet zwei Formen der Teilung: Die Realteilung und den schriftlichen Teilungsvertrag⁶.

Die Realteilung ist die tatsächliche Entgegennahme der Nachlassanteile durch die Erben⁷. Eine vorherige Losziehung ist nicht notwendig. Mit der Realteilung soll den Erben die Möglichkeit gegeben werden, den Nachlass formlos zu teilen. Sie ist die gegebene Teilungsart in einfachen Verhältnissen⁸. Mit dem Vollzug der Teilung kommt der Erbe auch schon in den Besitz seines Erbteils.

Der schriftliche Teilungsvertrag ist die Teilungsform für kompliziertere Verhältnisse. Auch wird er gewählt, wenn die Inbesitznahme der Erbteile nicht sofort durchgeführt werden will, aber doch eine Zuteilung der Erbschaftsgegenstände getroffen werden soll. Im Gegensatz zur Realteilung wird bei dieser Teilungsart die Bindung der Erben schon vor der tatsächlichen Teilung perfekt⁹. Aus dem Teilungsvertrag erwachsen den Berechtigten Ansprüche auf Vollziehung der Teilung¹⁰. Die Erbteile sind aber schon gebildet mit der Aufstellung des Teilungsvertrags. Die Erbschaft hat also nominell den Wert, der ihr im Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrags zukommt.

III. Die beschränkte Erbteilung

Gewöhnlich wird die Teilungsmasse vollständig verteilt. In diesen Fällen hat die Erbengemeinschaft dann ihren Zweck erfüllt, sie wird von Gesetzes wegen aufgelöst.

Nun können aber besondere Umstände es verhindern, dass die gesamte Teilungsmasse zur Verteilung kommt. Es erfolgt bloss eine beschränkte Teilung¹¹. Beschränkte Teilung bedeutet, „dass zwar vom Rechte der Erbschaftsteilung Gebrauch gemacht wird, die Liquidation der Erbengemeinschaft aber, sei es in persönlicher oder sachlicher Hinsicht, unvollständig bleibt“¹².

5 Vgl. Tuor zu Art. 602 N 5.

6 Art. 634.

7 Habicht S. 36.

8 Vgl. Baumann S. 85.

9 Escher zu Art. 634 N 8.

10 Vgl. Felber S. 41; vgl. zum Teilungsvertrag auch W. Hecht, Die gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungsanspruches, in ZSR 69 S. 379 ff.

11 Vgl. auch hinten § 18.

12 Annen S. 61.

Es gibt zwei Arten der beschränkten Teilung:

1. Die subjektiv beschränkte Teilung. Hier scheiden ein oder mehrere Erben aus der Erbengemeinschaft aus, während die übrigen sie fortsetzen¹³.
2. Die objektiv beschränkte Teilung. Hier werden einzelne Gegenstände der Teilungsmasse unter die Erben verteilt¹⁴.

Meistens hat man es mit einer kombinierten beschränkten Teilung zu tun, da ein Erbe wohl nicht aus der Erbengemeinschaft ausscheidet, ohne seinen Erbteil oder eine Abfindung erhalten zu haben. Man bezeichnet gewöhnlich diese kombinierte beschränkte Teilung als subjektiv beschränkte Teilung¹⁵; so auch in dieser Arbeit.

Die beschränkte Teilung ist im Gesetz nicht geregelt; nichts spricht jedoch dagegen, dass sie zulässig ist. Art. 604 Abs. 2 gilt ganz allgemein; auch wenn sich die Erben vereinbaren, kann es zum Aufschub der Teilung kommen. Das Recht des Erben, die Teilung zu verlangen, kann nur darauf gehen zu verlangen, dass „ein seinem Erbteil entsprechender Wert aus der Gesamtberechtigung in die Individualberechtigung übergeführt werde“¹⁶. Die Teilung des Nachlasses muss also nicht unbedingt eine einheitliche sein. Sie kann in verschiedenen Momenten stattfinden. Erst die vollständige Teilung der Teilungsmasse bringt die Erbengemeinschaft allerdings zur Auflösung¹⁷. Der Uebergang jedes noch so kleinen Wertes aus dem Gesamteigentum in das Individualeigentum bedeutet Teilung. Es muss bei jeder solchen Operation der Wert zum mindesten des ausscheidenden Gegenstandes festgestellt werden. Die Möglichkeit der beschränkten Teilung hat für das Wertverhältnis der Erbschaftsgegenstände untereinander zur Folge, dass es nicht konstant ist, sondern je nach dem Zeitpunkt des Ausscheidens aus der Teilungsmasse variiert. Dementsprechend sind die Erbteile in solchen Fällen wohl nominal, d. h. bei der Ausscheidung aus dem Nachlass, gleich gross, tatsächlich haben sie aber einen verschiedenen Wert¹⁸.

§ 16 Die Teilungsmasse

I. Die Unterscheidung von Erbmasse und Teilungsmasse

Mit dem Erbfall wird die Erbmasse bestimmt. Alles, was erbrechtliche Bedeutung hat, wird zwecks Berechnung der disponiblen Quote zusammengerechnet.

¹³ Vgl. Escher zu Art. 602 N 43, Annen S. 62, Felber S. 49 ff.; vgl. aber auch Tuor zu Art. 602 N 11.

¹⁴ Vgl. Felber S. 38 ff.

¹⁵ So Annen S. 62.

¹⁶ Annen S. 65.

¹⁷ Vgl. Annen S. 69, Felber S. 56, BGE 60 I 148.

¹⁸ Vgl. hinten § 18.

Von der Erbmasse ist zu unterscheiden die Teilungsmasse. Sie ist der Vermögenskomplex, der bestimmt ist, bei der Teilung unter die Miterben verteilt zu werden. Erbmasse und Teilungsmasse können identisch sein, sind es aber tatsächlich in den wenigsten Fällen, weil fast bei allen Erbschaften Verfügungen unter Lebenden oder von Todes wegen zu berücksichtigen sind. Ueberdies erleiden Erbschaften zwischen Erbfall und Teilung oft Wertveränderungen¹⁹.

II. Die Feststellung der Teilungsmasse

Die Teilungsmasse wird hauptsächlich durch das vom Erblasser tatsächlich hinterlassene Vermögen gebildet, das allerdings Veränderungen erleidet. So treten die ausgleichungspflichtigen Beträge, die seinerzeit bei der Vermögensberechnung nur rechnerisch dazugezählt worden sind, jetzt tatsächlich hinzu, „sei es, dass sie in natura eingeworfen, sei es, dass sie dem Werte nach konferiert werden“²⁰. Im übrigen fallen die Zuwendungen unter Lebenden nur insoweit in die Teilungsmasse, als sie herabgesetzt worden sind²¹. Auch die Früchte des Nachlasses i. e. S. fallen in die Teilungsmasse, soweit sie nicht durch partielle Teilung schon vorher in das Eigentum der einzelnen Erben übergegangen sind²². Endlich fallen gemäss dem Surrogationsprinzip Gegenstände, die durch Verkauf von Erbschaftsbestandteilen seit dem Erbgang angeschafft worden sind, in die Teilungsmasse^{23/24}.

Das beim Erbfall vorhandene Vermögen erleidet aber auch Einbussen. So werden die Vermächtnisse (auch die gesetzlichen) und die Auflagen vor der Teilung ausgerichtet. Diese Werte sind somit nicht mehr Bestandteil der Teilungsmasse. In diese fällt nur, was durch Teilung in das Eigentum der Miterben übergeht. Abgezogen werden auch die Ansprüche aus Art. 606²⁵, ebenso die Schulden, die durch den Erbgang entstanden sind, denn für diese haften die Erben nicht solidarisch, wie für die Erbschaftsschulden, sondern nur gesamthändig²⁶.

Für den gleichen Nachlass kann die Teilungsmasse verschiedene Grössen annehmen. Bei Konkurrenz zwischen überlebendem Ehe-

19 Vgl. Rossel/Mentha II S. 237.

20 Escher Vorb. zu Art. 607 ff. N 5.

21 Das Gleiche gilt für Versicherungsansprüche.

22 Vgl. Widmer S. 55, Annen S. 80.

23 Vgl. Escher Vorb. zu Art. 607 ff. N 6.

24 Nicht in die Teilungsmasse fällt hingegen, was nicht unter Opferung von Erbschaftsgegenständen, sondern aus den Mitteln der Erben erworben worden ist, Escher zu Art. 602 N 67.

25 Escher Vorb. zu Art. 607 ff. N 7.

26 Escher Vorb. zu Art. 607 ff. N 8, a. M. Borel S. 216 Anm. 11 a; vgl. dazu auch Tuor zu Art. 603 N 7 und BGE 59 II 119.

27 Escher zu Art. 626 N 11, Tuor zu Art. 626 N 13 und 35; a. M. neuerdings BGE 77 II 228.

28 Vgl. das Beispiel bei Escher zu Art. 626 N 12.

gatten und Nachkommen werden nämlich bei der Berechnung des Erbteils des Ehegatten die Conferenda der Nachkommen nicht einbezogen. Es wird hier deshalb von Art. 626 Abs.2 abgewichen, weil umgekehrt der überlebende Ehegatte den Nachkommen gegenüber nicht zur Ausgleichung verpflichtet ist. — Die Erbteile der Nachkommen werden unter Hinzuziehung ihrer eigenen Vorempfänge errechnet. Bei der Berechnung des Erbteils des überlebenden Ehegatten muss dieser seinen Vorempfang sich dagegen nicht anrechnen lassen. Diese ungleiche Behandlung lässt sich aus dem Satz ableiten, dass Recht und Pflicht zur Ausgleichung nur von Nachkomme zu Nachkomme besteht²⁷. Für uns ist wichtig zu wissen, dass die Teilungsmasse eine verschiedene Grösse hat, je nachdem die Erbteile der Nachkommen oder derjenige des überlebenden Ehegatten berechnet werden²⁸.

III. Erbteil und Pflichtteil

Bei der Vermögensberechnung zur Zeit des Erbfalls haben die Noterben Anspruch auf den Pflichtteil. Dieser kann Wertveränderungen erleiden, der Pflichtteilsanspruch ist also kein endgültiger Wert. Er muss nur bestimmt werden, damit die disponible Quote berechnet werden kann²⁹. Der Pflichtteilsanspruch besteht nicht im Anspruch auf Zuteilung von Erbschaftsachen in einer bestimmten Höhe. Bei der Teilung besagt der Pflichtteil nur noch, dass die Erbteile in einem bestimmten Verhältnis zueinander sein müssen. Der Noterbe hat Anspruch auf den proportionalen Anteil an der Teilungsmasse, der seinem Pflichtteil bei der Berechnung der Erbmasse entsprochen hat³⁰. Ebenso verhält es sich mit den Wertveränderungen³¹.

Der Pflichtteilsanspruch geht mit der Pflichtteilsberechnung unter. Es ist möglich, dass der Erbteil nicht mehr den Wert des Pflichtteils erreicht. Die Erbteile fallen den Noterben nicht infolge des Pflichtteilsschutzes zu, sondern weil sie gesetzliche Erben sind. M. a. W., ist die Vermögensberechnung einmal durchgeführt, fällt der Nachlass ihnen als blosser Erbteil zu. Wertvermehrungen im seinerzeit ermittelten Pflichtteil fallen ihnen wohl deshalb zu, weil sie in jenem Vorbehalt eintreten, dieser Vorbehalt ist jedoch in seiner Höhe nicht geschützt. Ehemaliger Pflichtteil und nicht ausgenützter Rest der disponiblen Quote fallen den Erben bei der Teilung aus gesetzlichem Erbrecht zu. Das zeigt sich besonders dort, wo keine Verfügungen erlassen worden sind. Dort ist die Bildung des Pflichtteils gar nicht nötig. Das Noterbrecht tritt also nur in Funktion zum momentanen Schutz der Pflichtteilsberechtigten, der Pflichtteil ist transitorischer Natur.

²⁹ Vgl. vorne § 2 I.

³⁰ In der Praxis werden die Erbteile von vornherein meistens grösser sein als die Pflichtteile, da die disponible Quote selten ausgeschöpft ist, vgl. vorne § 7 I 3.

³¹ Schiller S. 29.

2. ABSCHNITT: DER FÜR DEN TEILUNGSWERT MASSGEBENDE ZEITPUNKT

§ 17 Der Moment der Teilung als massgebender Zeitpunkt bei totaler Teilung

I. Die Lösung des Gesetzes

1. Bei der Berechnung der Erbmasse bestimmt Art. 474, dass der Todes-tag des Erblassers für ihren Wert massgebend sein soll. Für die Teilungs-masse besteht eine solche umfassende Bestimmung nicht. Es kann jedoch kein Zweifel sein, dass auf den Zeitpunkt der Teilung abge-stellt werden muss. Bei der endgültigen Auseinandersetzung der Miterben kann für die Bewertung der Erbschaftsgegenstände schon logischerweise kein anderer Zeitpunkt in Frage kommen, als derjenige, in dem diese Auseinandersetzung vorgenommen wird. Der Zeitpunkt des Erbfalls ist aus-zuschliessen, weil gewöhnlich die Teilungsmasse gegenständlich der Erb-masse nicht entspricht und überdies die in der Erbschaft verbleibenden Gegenstände Wertveränderungen erleiden³². Die Uebernahme des Erb-fallswertes würde teilweise zu absurden Resultaten führen, wenn man be-denkt, dass Erbengemeinschaften oft jahrzehntelang bestehen.

Dass das Gesetz auf den Zeitpunkt der Teilung abstellt, sagt es für Grundstücke in Art. 617 ausdrücklich. Massgebend ist der Wert, der den Grundstücken bei der Teilung zukommt³³. Das muss aber ganz allge-mein gelten: Für die Bewertung der Erbschaft bei der Teilung ist der Zeit-punkt der Teilung massgebend. Aus Art. 617 darf nicht geschlossen werden, für Fahrnis gelte ein anderer Zeitpunkt. Das Gesetz spricht hier vom Zeit-punkt der Teilung im Zusammenhang mit der Unterscheidung von Ver-kehrs- und Ertragswert (Abs. 2). Im übrigen setzt es als selbstverständlich voraus, dass nur der Zeitpunkt der Teilung in Frage kommen kann³⁴.

Was das Gesetz in Art. 617 erklärt, muss somit ganz allgemein gelten^{35/36}. Im Zeitpunkt der Teilung wird die Erbengemeinschaft aufgelöst, in diesem Moment muss also auch das zu teilende Gut wertmässig festgestellt werden. Das gilt für den Bestand der Erbschaft wie für die Schätzung der Erb-schaftsgegenstände³⁷. Für die Schätzung ist somit bei der Teilungsklage nicht massgebend der Moment der Klageeinleitung, sondern derjenige des

32 Vgl. auch vorne § 16 I.

33 Vgl. Escher zu Art. 617 N 2.

34 Vgl. Borel S. 217 Anm. 13; Art. 617 ist erst nach der Annahme durch die Räte durch die Redaktionskommission in die heutige Fassung gebracht worden.

35 Tuor zu Art. 617 N 11, Borel S. 217.

36 Aus BGB § 2047 Abs. 1 muss geschlossen werden, dass auch im deutschen Recht der Zeitpunkt der Teilung massgebend ist.

37 Vgl. Tuor zu Art. 617 N 10.

Urteils. Die Wertberechnung muss möglichst nahe an den Zeitpunkt des Uebergangs von Nutzen und Gefahr gerückt werden. Mit der Klageeinleitung wird die Teilung erst begehrt, sie wird noch nicht vollzogen. Die Zuweisung eines Gewerbes nach Art. 620 erfolgt gegebenenfalls auch erst mit dem Urteil, der Wert in diesem Zeitpunkt wird angerechnet³⁸.

Nach Art. 617 ist für landwirtschaftliche Grundstücke der Ertragswert als Teilungswert einzusetzen. Massgebend für den Charakter eines Grundstücks ist ebenfalls der Zeitpunkt der Teilung³⁹. Braucht es eine amtliche Schätzung des Grundstücks, weil sich die Erben über den Anrechnungswert nicht einigen können, muss auf den Wert im Zeitpunkt der Expertise abgestellt werden⁴⁰. Es kommt hier also zu einer Abweichung vom Zeitpunkt der tatsächlich vorgenommenen Teilung, die sich aber zwangsläufig ergeben muss.

2. Art. 617 kann durch erblasserische Bestimmung abgeändert werden. Es kann ein anderer Zeitpunkt, etwa derjenige des Erbfalls als für die Bewertung der Erbschaftsgegenstände massgebend erklärt werden⁴¹. Diese Freiheit des Erblassers stellt das Gegenstück dar zu derjenigen der Erben, die Schätzung der Erbschaftsgegenstände bei der Teilung nach Belieben vornehmen zu können. Der von den Erben festgesetzte Wert der Erbschaftsgegenstände muss nämlich nicht deren objektivem Wert im Zeitpunkt der Teilung entsprechen, und zwar deshalb, weil nicht mehr auf die Interessen der Vermächtnisnehmer Rücksicht zu nehmen ist. Neben dieser Freiheit der Erben rechtfertigt sich auch die Befugnis des Erblassers zur freien Bestimmung des Teilungswertes.

3. Die freie Bestimmung des Werts der Erbschaftsgegenstände ist nur ein Teil des Einflusses, den die Erben auf die Teilung haben. Dieser Einfluss ist ein dreifacher:

1. Der Zeitpunkt der Teilung kann grundsätzlich von den Erben frei bestimmt werden. Jeder Erbe hat allerdings nur Anspruch auf Ausscheidung seines Anteils (subjektiv beschränkte Teilung).
2. Es müssen nicht alle Erbschaftsgegenstände zur gleichen Zeit verteilt werden. Wenn die Teilung einzelner Gegenstände nicht auf Grund gesetzlicher Vorschrift⁴² aufgeschoben werden muss, können die Erben deren Teilung von sich aus aufschieben.
3. Die Erbschaftsgegenstände müssen bei der Teilung nicht objektiv bewertet werden.

38 Vgl. Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht 4 S. 172.

39 Der landwirtschaftliche Betrieb muss ein dauernder sein, damit der Ertragswert zur Anrechnung kommt. Eine nur aus Eigensinn oder zu Spekulationszwecken landwirtschaftlich betriebene Parzelle muss zum Verkehrswert angerechnet werden, BGE 50 II 330.

40 Vgl. BGE 58 II 111.

41 BGE 70 II 287.

42 Art. 604 Abs. 2.

Dieser dreifache Einfluss der Erben, im Verein mit der Tatsache, dass Art. 617 nur dispositives Recht darstellt, bringt es mit sich, dass der Zeitpunkt der Teilung für die Berechnung des Teilungswerts nicht dieselbe Bedeutung hat, wie der Zeitpunkt des Erbfalls für die Höhe des Pflichtteils. Auf die Teilung haben die Erben einen grossen Einfluss, der ihnen bei der Bildung der Erbmasse versagt ist.

II. Ausgleichungspflichtige und herabgesetzte Zuwendungen im besondern

Wie bereits festgestellt⁴³, wird die Teilungsmasse nicht nur durch das vorhandene Nettovermögen gebildet, sondern treten dazu als von aussen kommende Werte die ausgleichungspflichtigen und die herabgesetzten Zuwendungen unter Lebenden. Der Wert dieser Hinzufügungen bei der Teilung verdient eine besondere Betrachtung.

Die ausgleichungspflichtigen Vorempfänge zunächst werden schon im Zeitpunkt des Erbfalls mit ihrem Wert festgelegt. Mit diesem Wert werden sie bei der Vermögensberechnung berücksichtigt. Für die effektive Ausgleichung muss aber nicht unbedingt der Wert beim Erbfall massgebend sein: Bei der Realausgleichung kann es vorkommen, ja wird es sogar die Regel sein, dass ein höherer oder niederer Wert eingeworfen wird^{44/45}. Für diese Ausgleichungsart ist der Wert beim Erbfall nur ein vorläufiger. Tatsächlich ist es der Zeitpunkt der Teilung, der hier für den Wert der Ausgleichung massgebend ist. Es dürfen also bei der Teilung, wenn Realkollation gewählt wird, nicht einfach die bei der Vermögensberechnung ermittelten Beträge eingesetzt werden. Praktisch spielt aber Art. 630 doch, weil meistens Idealkollation gewählt wird.

Die Herabsetzung erfolgt beim Erbgang; ist sie einmal vollzogen, bilden die herabgesetzten Zuwendungen gewöhnliche Bestandteile des Nachlasses i. e. S. und erfahren dessen Schicksal. Auch sie können sich bis zur Teilung noch verändern. Der Herabsetzungswert ist nur zur Zeit des Erbfalles massgebend, bei der Teilung ist es aber der Wert der Sache in diesem Zeitpunkt⁴⁶.

§ 18 Der massgebende Zeitpunkt bei der beschränkten Teilung

In den meisten Erbfällen wird es bald nach dem Tode des Erblassers zur vollständigen Teilung des Nachlasses kommen. In vielen Fällen jedoch

⁴³ § 16 II.

⁴⁴ Vgl. vorne § 13 III.

⁴⁵ Der für die Ausgleichungsforderung geschuldete Zins vergrössert das Conferendum nicht, vgl. vorne § 8 I.

⁴⁶ Die Bemerkung von Tuor Vorb. zu Art. 607 ff. N 8 ist deshalb missverständlich; es kommt schon der Wert zur Zeit des Erbfalls zur Herabsetzung, für die Teilungsmasse ist aber massgebend der Wert bei der Teilung.

nimmt die Teilung eine besondere Form an, sei es, dass sie für gewisse Erbschaftsgegenstände von Gesetzes wegen, durch Abmachung unter den Miterben oder durch erblasserische Verfügung aufgeschoben wird⁴⁷, sei es, dass ein Erbe aus der Erbengemeinschaft ausscheidet, die übrigen diese aber unter sich weiterbestehen lassen. Es handelt sich also um die beschränkte Erbteilung.

Bei der beschränkten Teilung ist der Zeitpunkt der Teilung nicht für die ganze Teilungsmasse der gleiche, da die Teilung etappenweise vollzogen wird. Es muss auf den Wert in dem Zeitpunkt abgestellt werden, in dem ein Erbschaftsgegenstand aus der Teilungsmasse ausscheidet. Das ist bei der gewöhnlich vorliegenden subjektiven Teilung der Moment, in dem der Erbe, der seinen Teil verlangt, ausscheidet. Es braucht aber nicht unbedingt das vollständige Ausscheiden eines Erben aus der Erbengemeinschaft; jedes Ausscheiden eines Erbschaftsgegenstandes bedeutet Teilung⁴⁸. Es muss allerdings nicht jedesmal beim Ausscheiden eines Gegenstandes eine neue Teilungsmasse gebildet werden. Werden nur einzelne Erbschaftsgegenstände in das Individualeigentum eines Erben übergeführt, die unzweifelhaft den Wert eines Erbteils nicht erreichen, genügt die Schätzung des ausscheidenden Gegenstandes⁴⁹. Bei der subjektiv beschränkten Teilung muss bei jedem Ausscheiden eines Erben, das unter gleichzeitigem Ausscheiden seines Erbteils erfolgt, die Teilungsmasse in ihrem Wert neu bestimmt werden. Dies daher, weil der Erbe später nichts mehr zugute hat, womit ein zu grosser Bezug bei der partiellen Teilung ausgeglichen werden könnte.

Die Möglichkeit der beschränkten Teilung führt zu einer verschiedenen Bewertung der Erbschaftsgegenstände⁵⁰. Der Wert, den diese beim Ausscheiden aus dem Gesamteigentum haben, ist wohl der gleiche. Da aber die Bewertungsgrundlage, d. h. der Zeitpunkt des Ausscheidens ein verschiedener ist, sind die Erbteile in Wirklichkeit nicht gleich.

47 Die vollständig aufgeschobene Teilung werde ich hier nicht als Sonderfall, vgl. über diese Felber S. 6 ff.

48 Bei der Abtretung von Erbteilen nach Art. 635 ist auf den Zeitpunkt der Veräusserung abzustellen, Tuor zu Art. 635 N 27 und sich anschliessend Annen S. 90. Was bei einer objektiv beschränkten Teilung vorweg aus der Teilungsmasse ausgeschieden worden ist, kann nicht mehr als Erbteil veräussert werden. A. M. Escher zu Art. 635 N 21, Widmer S. 77.

49 Annen S. 104.

50 Vgl. vorne § 15 III 3.

3. ABSCHNITT: DIE WIRKUNGEN DES FÜR DEN TEILUNGSWERT MASSGEBENDEN ZEITPUNKTES

§ 19 Das Schicksal von Wertveränderungen und Früchten

I. Wertveränderungen und Früchte v o r der Teilung

Die Teilungsmasse wird mit dem Wert im Zeitpunkt der Teilung berechnet. Wertveränderungen, die vor diesem Zeitpunkt im Nachlass i. e. S. eintreten, müssen somit diesem zugerechnet werden. Objekt der Erbteilung ist das Erbschaftsvermögen mit Zuwachs oder Abgang⁵¹. Es ergibt sich also die Notwendigkeit einer neuen Inventaraufnahme. Der seinerzeit im Erbschaftsinventar angegebene Wert kann sich verändert haben, sei es durch Abnützung einer körperlichen Sache, sei es — bei Wertpapieren etwa — durch Kursänderungen. Wohl finden die Grundsätze der Schätzung des Erbschaftsinventars Anwendung, sie werden aber bezogen auf den Zeitpunkt der Teilung⁵². Erbschafts- und Teilungsinventar sind rechtlich verschieden, wenn oft auch nicht tatsächlich.

Wertveränderungen und Früchte im Nachlass v o r der Teilung treffen alle Erben zusammen. Es erübrigt sich, hier nähere Ausführungen darüber zu machen, da sich diese bereits an anderer Stelle dieser Arbeit finden⁵³.

II. Wertveränderungen und Früchte n a c h der Teilung

Mit der Teilung geht das Gesamteigentum in das Individualeigentum über. Was fortan an Wertveränderungen eintritt, trifft nur denjenigen Erben, der die betreffende Erbsache erhalten hat. So können die Erbteile bei der Teilung wohl gleichwertig sein, infolge später eintretenden Wertveränderungen aber Ungleichheiten entstehen, die der Erblasser nie gewollt hätte. Diese Ungleichheiten n a c h der Teilung werden nicht mehr korrigiert. Mit der Teilung ist die endgültige Verteilung des Nachlasses unter die Erben vorgenommen worden⁵⁴. Es ist deshalb das Interesse jedes Erben darauf gerichtet, Erbschaftsgegenstände zu erhalten, deren Wert sich später erhöht. Bei der gegenwärtigen Geldentwertung wird er danach trachten, bei der Teilung Immobilien zu erhalten.

Um nach der Teilung entstehenden Ungleichheiten zwischen den Erbteilen entgegenzusteuern, wird oft die Teilung von landwirtschaftlichen Grundstücken, die bald Bauland werden, aufgeschoben. Wird das Grundstück

51 Vgl. Praxis 33 Nr. 19.

52 Vgl. Escher Vorb. zu Art. 607 ff. N 9.

53 Vgl. vorne §§ 7 und 8.

54 Ueber die Gewährleistung hinten § 20.

doch geteilt, haben die Miterben dann einen verhältnismässigen Gewinnanspruch, wenn der Uebernehmer es unter dem Verkehrswert erhalten hat und ihr Anspruch im Grundbuch vorgemerkt worden ist (Art. 619).

Wie mit Wertveränderungen verhält es sich auch mit den Früchten. Auch sie fallen dem Eigentümer der Sache alleine zu⁵⁵.

§ 20 Wertveränderungen und Gewährleistungspflicht

I. Allgemeines

1. Wertveränderungen und Früchte im Nachlass v o r der Teilung treffen alle Erben zusammen⁵⁶. N a c h der Teilung besteht Individualeigentum an den zugeschiedenen Erbsachen. Wertveränderungen und Früchte fallen also den einzelnen Erben zu. Die Auseinandersetzung bei der Teilung ist endgültig. Es besteht aber doch noch eine Bindung der Erben aneinander, die Gleichberechtigung der Erben soll nicht nur gerade bei der Teilung bestehen. Auch nach der Teilung sollen Vorgänge, die ihre Wurzeln in der Zeit v o r der Teilung haben, nicht zu einer Ungleichheit unter den Erben führen. Es soll m. a. W. den Erben nicht nur rechnerisch und rechtlich, sondern auch tatsächlich ihr Erbbetreffnis verschafft werden⁵⁷. Deshalb stellt das Gesetz in Art. 637 die Haftung der Miterben für ihre Erbteile auf. Die Erben haften einander nach der Teilung wie Käufer und Verkäufer, und zwar geht die Gewährleistungspflicht auf Rechts- wie auf Sachmängel^{58/59}. Für Forderungen tritt eine verschärfte Haftung ein: Die Erben haften einander für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners wie einfache Bürgen.

Art. 637 ist dispositiver Natur, die Gewährleistung kann also wegbedungen werden. Die praktische Bedeutung der Gewährleistungspflicht wird überhaupt klein, weil der gutgläubige Erwerber einer Erbsache nach Art. 933 ff und 973 geschützt wird⁶⁰.

2. Das Gesetz will nur diejenigen Ungleichheiten ausgleichen, die ihren Ursprung in der Zeit v o r der Teilung haben, nicht hingegen solche, die erst n a c h der Teilung bewirkt werden. Wertpapiere werden von der Gewährleistung nicht erfasst. Bei ihnen wird die Wertverminderung, die ihre Wurzeln in der Zeit vor der Teilung hat, nicht ausge-

55 Art. 643.

56 Vorne §§ 7 und 8.

57 Tuor zu Art. 637 N 1.

58 Escher zu Art. 637 N 2.

59 Der Rechtsmangel muss schon zur Zeit der Teilung (Abschluss des Teilungsvertrags, Entgegennahme der Lose) bestehen, der Sachmangel beim Gefahrübergang, Escher zu Art. 637 N 5 und 15.

60 Vgl. Escher zu Art. 637 N 4.

glichen. Die Erben haften einander hier nur für den Bestand der Forderung, die durch das Papier repräsentiert wird⁶¹. Tritt somit nach der Teilung Konkurs oder Baisse an der Börse ein, so muss der Erbe, der Wertpapiere erhalten hat, den Verlust alleine tragen, auch wenn der Kurssturz oder die Wertverminderung infolge Konkurs auf Ereignisse v o r der Teilung zurückzuführen ist. Eine Rechtfertigung dieser Regelung kann darin erblickt werden, dass der Erbe die Papiere sofort verkaufen kann⁶²; auch profitiert er bei Wertsteigerungen. Gegen dieses Argument muss aber eingewendet werden, dass es bei den oft blitzartigen Baissen an der Börse meistens nicht möglich ist, Wertpapiere ohne Verlust abzusetzen⁶³. Als befürwortendes Argument wiederum mag angeführt werden, „dass dem aleatorischen Charakter der Wertpapiere bei der Festsetzung des Anrechnungswertes genügend Rechnung getragen wurde“⁶⁴. Auch das mag allerdings oft nicht zutreffen. Eine bessere Lösung wäre somit, dem Uebernehmer der Wertpapiere den Beweis zu gestatten, dass er alles ihm Zumutbare getan hat, um den Schaden abzuwenden⁶⁵.

II. Der für die Gewährleistung massgebende Zeitpunkt

Wenn die Gewährleistung in Anspruch genommen wird, stellt sich die Frage, auf welchen Zeitpunkt abgestellt werden muss. Soll die Gleichheit der Erbteile im jetzigen Moment hergestellt werden oder diejenige bei der Teilung? Offensichtlich muss letzteres der Fall sein. „Zweck der Gewährleistung ist ja, den Evinzierten so zu stellen, wie wenn die Sache nie bei der Teilung figuriert hätte und er mit andern Erbschaftsgegenständen abgefunden worden wäre“⁶⁶. Auch bei Sachmängeln wird auf den Wert der Sache bei der Teilung abgestellt. Würden die Erbsachen mit dem Wert bei der Geltendmachung der Gewährleistungspflicht eingesetzt, so würde das bedeuten, dass die Teilung nicht endgültig wäre, was nicht der Fall ist. Massgebend ist somit der Zeitpunkt der Erbteilung. Und zwar gilt nicht der objektive Wert in diesem Zeitpunkt, sondern der Anrechnungswert⁶⁷. Was nach der Teilung an Wertveränderungen in den Erbteilen eintritt, spielt für die Gewährleistung keine Rolle. Nehmen wir folgendes Beispiel: Von zwei Erben erhält A 30 000 in Wertpapieren, B ein Grundstück im gleichen Wert. Eine nachträglich sich herausstellende dingliche Belastung des Grundstücks hat teilweise Entwehrung im Betrage von 15 000

61 Vgl. Annen S. 119.

62 Tuor zu Art. 637 N 9.

63 Escher zu Art. 637 N 14.

64 Tuor zu Art. 637 N 9.

65 Escher zu Art 637 N 14.

66 Escher zu Art. 637 N 7.

67 Vgl. Escher zu Art. 637 N 17, Tuor zu Art. 637 N 7.

zur Folge⁶⁸. Gleichzeitig hat sich der Wert der Wertpapiere um 10 000 erhöht. Diese Erhöhung wird nicht in Anschlag gebracht; es gilt der Uebnahmewert der Wertpapiere bei der Teilung. A hat B nur 7 500 zu erstatten⁶⁹; er selbst hat trotz der Inanspruchnahme mehr als seinen Erbteil zu Eigentum, während er der Leidtragende wäre, wenn die Wertpapiere gesunken wären. Neben seinem Verlust müsste er dann noch denjenigen des B aus der Entwehrung tragen helfen.

68 Zu einer Eviktion kann es in diesem Fall bei gutem Glauben des Erben allerdings nicht kommen, vgl. Escher zu Art. 637 N 4.

69 Es findet hier wohl OR Art. 196 grundsätzlich Anwendung; es darf aber nicht vergessen werden, dass auch der Gewährleistungsberechtigte seinen Anteil am Schaden zu tragen hat, vgl. Escher zu Art. 637 N 3.

4. KAPITEL

§ 21 Zusammenfassung

1. Die zwei massgebenden Zeitpunkte des Erbgangs

Die Liquidation einer Erbschaft teilt sich in zwei Stadien, die scharf voneinander zu trennen sind: Erbfall und Teilung.

1. Der Zeitpunkt des Erbfalls bestimmt, wer Erbe ist und welchen Umfang und Wert die Erbschaft hat. Jede einzelne Erbschaftssache wird mit ihrem Wert zur Zeit des Erbfalls, d. h. des Todes des Erblassers, gemessen. Auf den Zeitpunkt der Vermögensberechnung haben die Erben keinen Einfluss. Der zufällige Todestag entscheidet über die Grösse von Erbmasse, Pflichtteil und disponibler Quote, kurz über die Grösse aller Objekte, die einmal erbrechtliche Bedeutung erlangen¹. In diesem Zeitpunkt wird der Erbgang eröffnet², vorher kann nicht von Erbfolge die Rede sein³. Zuwendungen zu Lebzeiten des Erblassers haben keine erbrechtliche Bedeutung bis zum Erbfall. Die moderne Verfängenschaft geht nur noch dahin, beim Tode des Erblassers die ausgeschiedenen Vermögenswerte wenigstens rechnerisch zum Nachlass zu ziehen^{4/5}. Es ist deshalb der Wert der Zuwendung, wie er beim Erbfall besteht, für die Pflichtteilsberechnung massgebend. Viele Zuwendungen sind überhaupt nicht herabsetzbar, können somit nicht hinzugerechnet werden. Bei andern erschöpft sich die erbrechtliche Bedeutung in der Hinzurechnung. Wieder andere werden tatsächlich herabgesetzt.

Inbezug auf ihren Wert werden die ausgleichungspflichtigen Vorempfänge wie andere Zuwendungen unter Lebenden behandelt. Es kommt auf sie also Art. 537 Abs. 2 zur Anwendung. Das Gesetz setzt allerdings in Art. 630 nochmals ausdrücklich den Wert beim Erbfall fest. Dies geschieht, um den Wert bei der Ausrichtung auszuschliessen⁶. Das ZGB kennt keine antizipierte Erbfolge.

1 Vgl. Tuor zu Art. 537 N 9.

2 Art. 537 Abs. 1.

3 Tuor zu Art. 537 N 4.

4 Vgl. vorne § 6 I B.

5 Unter „Erbschaft“ versteht das Gesetz in Art. 537 nicht das Nettovermögen, sondern die gesamte Erbmasse, vgl. Escher zu Art. 537 N 4, Tuor zu Art. 537 N 6.

6 Vgl. vorne § 11 II.

2. Im Zeitpunkt der Teilung wird das, was den Erben effektiv zukommt, bestimmt und zwar — unter Vorbehalt der Gewährleistungspflicht — endgültig. Die Teilungsmasse ist nur noch ein Teil der Erbmasse, da die Verfügungen ausgerichtet sind. Es sind nur noch die Interessen der Miterben im Spiele. Wie für die Erbmasse der Wert der Erbschaftsgegenstände beim Erbfall massgebend ist, ist für die Teilungsmasse derjenige bei der Teilung ausschlaggebend. Das muss bei einer Bewertung schon logischerweise so sein, wird aber durch das Gesetz noch besonders gesagt (Art. 617 Abs. 1).

3. Erbfall und Teilung sind voneinander zu trennen. Praktisch fallen sie aber oft zusammen⁷. So wird in einfachen, nichtlandwirtschaftlichen Verhältnissen, wenn keine Verfügungen vorhanden sind, oft nur ein Inventar aufgenommen und als Erbschafts- wie als Teilungsinventar benutzt. Ein solches Vorgehen ist nur zulässig, wenn die Teilung bald nach dem Erbfall erfolgt, ansonst bei Eintreten von Wertveränderungen sich materielle Ungleichheiten bei formell gleichwertigen Erbteilen ergeben würden.

In nicht ganz einfachen Erbfällen spielt die Unterscheidung von Erbfall und Teilung eventuell eine grosse Rolle. So wird bei Vorliegen von Verfügungen die Teilungsmasse nicht den gleichen Wert aufweisen, den die Erbmasse gehabt hat. Ausserdem treten aber auch, wenn die Teilung aufgeschoben oder sonstwie verzögert wird, regelmässig Wertveränderungen ein, die den Wert des Nachlasses verändern. Die Uebernahme des Erbfallswertes der einzelnen Erbsachen könnte die Erbteile hier stark ungleichwertig werden lassen. Es könnte hier nachträglich eine Schmälerung des seinerzeit beim Erbfall gegen die Ansprüche der Vermächtnisnehmer und Zuwendungsempfänger gesicherten Vorbehalts einzelner Erben eintreten⁸. Es ist somit unerlässlich, Erbfall und Teilung voneinander zu trennen. Jeder der beiden Zeitpunkte hat eine besondere Funktion, in jedem wird eine Masse bestimmt.

II. Das Schicksal von Wertveränderungen und Früchten

Um das Schicksal von Wertveränderungen und Früchten festlegen zu können, muss zunächst bestimmt werden, wann sie eintreten oder anfallen. Je nach dem Zeitpunkt ihres Auftretens können sie ein verschiedenes Schicksal haben. Es sind die beiden Zeitpunkte von Erbfall und Teilung, die über das Schicksal von Wertveränderungen und Früchten entscheiden.

⁷ Vgl. Tuor in SJK Nr. 500 I.

⁸ Das kann allerdings auch sonst eintreten, vgl. vorne § 16 III.

⁹ Auch zwischen diesen Zeitpunkten können aber Wertveränderungen offenbar werden, wenn Gegenstände der Erbmasse veräussert oder durch andere Gegenstände ersetzt werden.

In diesen beiden Momenten manifestieren sich Wertveränderungen und werden Früchte zusammengerechnet^{9/10}.

1. Grundsätzlich treffen Wertveränderungen diejenigen Erbschaftsgegenstände, bei denen sie eintreten. Es kommt also darauf an, welches Schicksal die Veränderungen zeigenden Sachen haben. Wir unterscheiden Wertveränderungen vor dem Erbfall, zwischen Erbfall und Teilung und nach der Teilung.

Vor dem Erbfall treten Wertveränderungen entweder im Vermögen des Erblassers oder bei den Zuwendungen unter Lebenden ein¹¹. Für beide, für das Vermögen des Erblassers wie für die Zuwendungen, gilt der Erbfall als massgebender Zeitpunkt; sie sind die bei der Pflichtteilsberechnung zusammenzuziehenden Vermögenskomplexe. Veränderungen im Vermögen des Erblassers bis zum Erbfall sind nicht relevant, weil dieser zu seinen Lebzeiten nach Belieben über sein Gut verfügen kann. Der Erbmasse wird auf jeden Fall wenigstens ein Teil des einmal beim Erblasser befindlichen Vermögens zugerechnet. Eine unterschiedliche Behandlung erfahren die Wertveränderungen: Hat der Erblasser keine Zuwendungen gemacht, fallen alle Veränderungen auf die Erbmasse; liegen hingegen Zuwendungen vor, treffen Veränderungen nur insofern die Erbmasse, als die Zuwendungen hinzugerechnet werden. Auch durch Wertveränderungen darf die disponible Quote nicht überschritten werden¹².

Beim Erbfall wird die disponible Quote vorläufig bestimmt. Die Pflichtteilsberechnung soll verhindern, dass durch Verfügungen des Erblassers die Rechte der Noterben beim Erbfall verletzt sind. Sie legt nicht den verfügbaren Teil endgültig fest, sondern scheidet bloss den Nachlass in disponible Quote und Pflichtteil¹³, d. h. im konkreten Fall in den Nachlass im engern Sinne und die erlassenen Verfügungen¹⁴. Diese Trennung findet statt, ohne dass die Bestandteile der disponiblen Quote faktisch ausgeschieden werden. Die beiden Vermögenskomplexe haben aber fortan ein getrenntes Schicksal. Die Wertveränderungen treffen den Teil, bei dem sie eintreten. Veränderungen der disponiblen Quote treffen also diese¹⁵. Nur bei Sachen sind allerdings Wertveränderungen möglich. Summen können sich nicht verändern^{16/17}.

10 Im Grunde genommen sind es eigentlich die in diesen Zeitpunkten vorgenommenen Operationen; da aber diese mit Werten arbeiten, kann man ihre Wirkungen als Funktionen dieser Zeitpunkte bezeichnen.

11 Natürlich sind es Sachen, bei denen Wertveränderungen eintreten und Früchte anfallen, vgl. vorne §§ 7 und 8.

12 Vgl. vorne § 7 IV.

13 Vgl. vorne § 7 III B.

14 Vgl. vorne § 3 und § 7 I.

15 Meistens spricht man allerdings nur von den Veränderungen des Nachlasses.

16 Vgl. vorne § 7 III B.

17 Ist eine Forderung von einer bestimmten Höhe vermacht, handelt es sich nicht um ein Summenlegat, vgl. vorne § 7 III B.

Neben den Veränderungen bei Nachlass und Verfügungen von Todes wegen treten solche auch bei den Zuwendungen unter Lebenden auf. Hier ist wiederum zu unterscheiden zwischen herabgesetzten und nicht herabgesetzten Zuwendungen. Die herabgesetzten werden mit ihrem Stand beim Erbfall zum Nachlass gezogen. Wertveränderungen fallen somit den Pflichtteilsberechtigten zu. Bleibt es bei der blossen Hinzurechnung zum Vermögen, wird der Zuwendungsempfänger also definitiver Eigentümer, treffen Wertveränderungen ihn allein¹⁸.

Gleiches gilt für die ausgleichungspflichtigen Vorempfänge, wenn Idealcollation gewählt wird; Wertveränderungen treffen nur den Ausgleichungspflichtigen. Wird dagegen Realkollation gewählt, treffen sie die Pflichtteilsberechtigten insgesamt¹⁹.

Die nach der Teilung eintretenden Wertveränderungen treffen die einzelnen Erben, die jetzt Individualeigentum an den ehemaligen Erbsachen besitzen. Nie kommt es zu einem Ausgleich unter den Erben, weil die ehemals gleichen Erbteile ungleichwertig geworden sind. Eine Ausnahme gibt es allerdings: Wertverminderungen, die ihre Wurzeln in der Zeit vor der Teilung haben, werden ausgeglichen²⁰. Sie treffen nicht nur den Erbteil, bei dem sie eintreten, sondern alle Erbteile.

2. Auch das Schicksal der Früchte hängt von demjenigen der Erbsachen ab, bei denen sie eintreten.

Früchte vor dem Erbfall sind erbrechtlich nur relevant bei den Zuwendungen unter Lebenden. Werden diese herabgesetzt, müssen auch die Früchte restituiert werden²¹. Hier unterscheiden sich die ausgleichungspflichtigen Vorempfänge wieder von den gewöhnlichen Zuwendungen: Wenn bei ihnen, wo sich der Pflichtige die Zuwendung auf jeden Fall anrechnen lassen muss, auch die Früchte zu restituieren wären, wäre der Zweck der Vorempfänge weitgehend illusorisch gemacht²²; es soll zinsloser Kredit gewährt werden. Die Früchte zwischen Erbfall und Teilung teilen sich in solche des Nachlasses und solche bei den Verfügungen von Todes wegen. Die Früchte des Nachlasses fallen den Erben zu, diejenigen bei den Verfügungen von Todes wegen den Legataren; allerdings ist ihr Anfall nur beim Sachvermächtnis möglich²³. Die Zuwendungen unter Lebenden fallen nicht mehr in Betracht, weil sie definitiv in das Eigentum des Empfängers übergegangen sind²⁴; das gilt auch für die ausgleichungspflichtigen Vorempfänge²⁵.

18 Vgl. vorne § 7 IV.

19 Vgl. vorne § 13 III.

20 Vgl. vorne § 20.

21 Einzelheiten vorne § 8.

22 Vgl. vorne § 14 I.

23 Vgl. vorne § 8 III.

24 Voraussetzung ist natürlich, dass es nicht zur Herabsetzung gekommen ist.

25 Vgl. vorne § 14 II.

Nach der Teilung anfallende Früchte fallen den einzelnen Erben zu. Kommt es infolge Inanspruchnahme der Gewährleistungspflicht zum Ausgleich zwischen den Erben, dürfen bis dahin gezogene Früchte nicht angerechnet werden.

III. Kritische Würdigung der gesetzlichen Regelung von Pflichtteilsberechnung und Teilung

Das ZGB hat für die zwei wichtigsten Operationen im Verlaufe eines Erbgangs verschiedene Regelungen gefunden: Aeusserste Strenge bei der Vermögensberechnung, weitgehendster Einfluss der Beteiligten bei der Teilung.

1. Bei der Pflichtteilsberechnung soll den an der Erbschaft Interessierten jeglicher Einfluss versagt sein. Es soll eine blossе Tatsache, die unabhängig vom Willen derselben ist, die Pflichtteilsberechnung auslösen.

Mit dem Erlöschen der physischen Person hört die Verfügungsfähigkeit auf. Das Vermögen muss weitergegeben werden, es darf kein herrenloses Kapital, keine hereditas iacens geben. Da somit die Erben nach schweizerischem Recht ipse iure erwerben, müssen die Vermächtnisnehmer auch in diesem Moment schon geschützt sein. Es sollen nicht die Pflichtteilsberechtigten den Nachlass auf irgend eine Art dezimieren können, um nachher die disponible Quote kleiner erscheinen zu lassen. Ein späterer Zeitpunkt als derjenige des Erbfalls kann also nicht in Frage kommen.

Aber auch ein früherer Zeitpunkt kann nicht massgebend sein, auch nicht für die Zuwendungen unter Lebenden und die Vorempfänge. Das schweizerische Recht lehnt die antizipierte Erbfolge, die eine Konsequenz des alten Verfangenschaftsprinzips ist, ab. Die moderne Verfangenschaft lässt die Zuwendungen und Vorempfänge erst beim Erbfall als erbrechtlich relevant erscheinen. Ueberdies ist die Pflichtteilsberechnung des ZGB eine Bewertung; eine Bewertung kann aber nur auf den Wert im Zeitpunkt ihrer Vornahme abstellen.

Auch die Wirkungen der Pflichtteilsberechnung dulden keine Kritik, wenn man diese als Scheidung von disponibler Quote und Pflichtteil annimmt und nicht als endgültige Festsetzung der disponiblen Quote. Wenn die Bedachten schon nur einen geringen Teil der Erbschaft überhaupt erhalten können, so sollen sie diesen doch voll ausschöpfen können. Die forderungsrechtliche Natur des Anspruchs des Bedachten muss vor dem fundamentalen Prinzip zurücktreten. — So gesehen, erscheint der Vorschlag Schillers als überflüssig, der die Legatäre an Wertveränderungen der ganzen Erbschaft beteiligen will²⁶. Die Ungerechtigkeiten, die Schil-

²⁶ Vgl. vorne § 7 VI.

ler beseitigen will, werden nach der in dieser Arbeit dargelegten Ansicht soweit als möglich ausgemerzt. Eine Beteiligung der Legatäre an den Wertveränderungen des Nachlasses (im Gegensatz zur disponiblen Quote, d. h. praktisch, zu den gemachten Verfügungen) würde gegen unser Pflichtteilsrecht verstossen. Die disponible Quote könnte nicht mehr schon beim Erbfall vom Pflichtteil getrennt werden, wie es das ZGB verlangt.

2. Bei der Teilung lässt das Gesetz den Erben die grösstmögliche Freiheit. Es sind jetzt keine Interessen der Vermächtnisnehmer mehr im Spiele, es besteht also kein Anlass, auf die Verteilung des Nachlasses einzuwirken. Die Erben wissen am besten, wie der Nachlass, den verschiedenen Bedürfnissen der Beteiligten entsprechend, am nutzbringendsten verteilt werden kann. Nur wenige Bestimmungen des Teilungsrechts sind deshalb zwingend. Fast überall ist ein vorgehender Wille der Erben möglich. So können diese insbesondere bestimmen, w a n n die Teilung stattfinden soll. Welche Grösse die Teilungsmasse hat, hängt also schon deshalb von den Erben ab. Als Teilungswert muss aber auch nicht der objektive Wert²⁷ der Erbsachen im Zeitpunkt der Teilung angenommen werden, sondern es können die Erben einen beliebigen Wert festsetzen. Der Zeitpunkt der Teilung hat also nicht die Bedeutung desjenigen des Erbfalls, weil die Erben bei der Bewertung der Erbschaftsgegenstände nicht an den objektiven Wert gebunden sind²⁸.

So gut die Absicht des Gesetzes sein mag, die Teilung als Internum der Erben zu betrachten, so sind doch grosse Gefahren in der gesetzlichen Regelung enthalten. Besonders gefährlich ist die freie Festsetzung des Teilungswertes durch die Erben. Gar leicht führen hier Sachkenntnis und Ueberredungskunst einzelner Erben zur Benachteiligung der andern. Oft scheut sich ein Erbe, die Losbildung durch die Behörde zu verlangen²⁹ oder gar die Teilungsklage anzustrengen, um nicht Streit unter den Erben zu entfachen³⁰. Auch wird oft zum schriftlichen Teilungsvertrag gegriffen werden, um einzelne Miterben über den wahren Wert von Erbschaftsgegenständen zu täuschen. Daneben trägt auch die Zulässigkeit der beschränkten Teilung zur Entstehung von Ungleichheiten bei³¹. Praktisch hat die Unterscheidung von Erbfallswert und Teilungswert der grossen Freiheit der Erben bei der Teilung wegen oft keinen Sinn. Die vom Gesetz postulierte Gleichheit unter den Erben geht oft verloren^{32/33}. Was nützt da der Pflichtteilsschutz gegen die Ansprüche von Zuwendungsempfängern und Bedachten, wenn bei der Teilung eine Uebervorteilung unter den Erben stattfindet?

27 Ueber den „objektiven Wert“ Merz S. 91/92.

28 Vgl. vorne § 17 I 3.

29 Art. 611 Abs. 2.

30 Vgl. auch Merz S. 91.

31 Vgl. vorne § 18.

32 Dass unter nicht gleichberechtigten Erben keine Gleichheit besteht, versteht sich von selbst.

Es ist sicher richtig, die Erben den Zeitpunkt der Teilung frei festsetzen zu lassen, weil sie am besten wissen, wann sie günstig durchgeführt werden kann. Die allzu grosse Freiheit der Erben bei der Teilung überhaupt wird sie aber bei der Bewertung der Erbsachen oft vom objektiven Wert abweichen lassen.

Diesem Uebelstand könnte vielleicht begegnet werden, wenn die Berechnung der Teilungsmasse durch eine Behörde vorgenommen würde³³. Es darf aber nicht weiter in die Interessen der Privaten eingegriffen werden, als unbedingt nötig. Es sollte nur die Teilungsmasse objektiv bestimmt werden, im übrigen aber die Teilung, insbesondere der Zeitpunkt ihrer Durchführung, von den Erben frei bestimmt werden können.

³³ Auch die amtliche Mitwirkung bei der Teilung, die die Kantone einführen können, beschränkt sich auf die Leitung der Auseinandersetzung in formeller Beziehung, vgl. Escher zu Art. 609 N 2.

³⁴ Vgl. SJZ 46 S. 241.

Lebenslauf

Am 22. August 1925 wurde ich in Höngg bei Zürich geboren. Nach der Primarschule besuchte ich das Kantonale Gymnasium in Zürich und schloss im Sommer 1945 mit der Maturität Typus A ab. Seit dem Wintersemester 1945 studierte ich, ausgenommen im Sommersemester 1948 (Universität Genf), ununterbrochen an der Universität Zürich. Das letzte mündliche Examen bestand ich am 19. Januar 1952.

Heinz Vonrufs

